

Samværsnekt ved omsorgsovertakelse etter barnevernloven



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 602
Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 14619 ord

22.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven med avgrensninger.....	1
1.1.1	Tema	1
1.1.2	Avgrensning	1
1.1.3	Begreper	2
1.1.3.1	Omsorg	2
1.1.3.2	Foreldreansvar	2
1.2	Rettskilder.....	3
1.2.1	Nasjonal rett	3
1.2.2	Internasjonal rett	3
1.2.2.1	Barnekonvensjonen	3
1.2.2.2	Den europeiske menneskerettskonvensjonens artikkel 8	4
<u>2</u>	<u>HOVEDPRINSIPPENE I BARNEVERNRETEN</u>	<u>5</u>
2.1	Barnets beste.....	5
2.2	Det biologiske prinsipp	5
2.3	Legalitetsprinsippet.....	7
2.4	Mildeste inngreps prinsipp	7
<u>3</u>	<u>KORT OM OMSORGSOVERTAKELSE ETTER §4-12</u>	<u>7</u>
<u>4</u>	<u>SAMVÆR ETTER §4-19</u>	<u>8</u>
4.1	Saksbehandlingen ved samværsspørsmål	8
4.2	Det biologiske prinsipp ved vurdering av samvær.....	9

4.3	Gjenopptakelse av samværssaker.....	9
4.4	Anvendelse av barneloven i samværssaker etter barnevernloven.....	10
4.5	Omsorgsovertakelsens varighet	10
4.6	Barnets rett til å uttale seg.....	11
5	<u>SAMVÆRSNEKT ETTER §4-19(2)(1)</u>	12
5.1	Omsorgsovertakelsens varighet	13
5.2	Betydningen av det biologiske prinsipp for samværsnekt.....	16
5.3	Tilknytning.....	17
5.4	Andre former for kontakt, kan de reguleres?	20
5.5	Sperret adresse	23
6	<u>RETTSPRAKSIS</u>	24
6.1	Høyesterett	24
6.1.1	Faktum i de to dommene som endte med samværsnekt.....	25
6.1.2	Faktum i saken som endte med samvær.....	25
6.1.3	Relevante momenter	25
6.1.3.1	Barnets tilstand.....	26
6.1.3.2	Barnets reaksjon på samvær	26
6.1.3.3	Barnets egenmening	27
6.1.3.4	Biologiske foreldres agering	27
6.1.3.5	Uttalelser fra sakkyndige.....	27
6.1.3.6	Omsorgsovertakelsens forventede varighet	28
6.1.3.7	Risikovurdering.....	28
6.1.4	Analyse	29
6.2	Lagmannsretten.....	30
6.2.1	Ti saker som resulterte i samværsnekt	31

6.2.1.1	Barnets tilstand.....	31
6.2.1.2	Barnets reaksjon på samvær.....	31
6.2.1.3	Barnets egenmening.....	32
6.2.1.4	Biologiske foreldres agering.....	32
6.2.1.5	Uttalelser fra sakkyndige.....	33
6.2.1.6	Risikovurdering.....	33
6.2.1.7	Omsorgsovertakelsens forventede varighet.....	33
6.2.2	To saker som ga samvær.....	34
6.2.2.1	LB-2006-26681.....	34
6.2.2.2	LB-2009-147504.....	34
6.2.3	Analyse.....	36
6.3	Den Europeiske menneskerettsdomstolen	39
6.4	Konklusjon etter gjennomgang av rettspraksis	40
7	<u>RETTSTILSTANDEN OG ENDRET VEKTLGGING AV DET BIOLOGISKE PRINSIPP.....</u>	<u>41</u>
7.1	NOU 2012:5 og endret vektlegging av det biologiske prinsipp	41
7.1.1	Samvær	41
7.1.2	Adopsjon.....	42
7.1.3	Gjenopptakelse.....	43
7.1.4	Forskning om viktigheten av kontakt med de biologiske foreldre.....	44
7.2	Samværsnekt – Konsekvenser av endret vektlegging av det biologiske prinsipp	44
7.3	Forholdet til EMK.....	46
8	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</u>	<u>47</u>
9	<u>LITTERATURLISTE.....</u>	<u>49</u>
9.1	Litteratur	49
9.2	Lover og forskrifter.....	49

9.3	Traktater	50
9.4	Forarbejder	50
9.5	Rettspraksis	50
9.6	Personlige meddelelser.....	51
9.7	Artikler	52

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven med avgrensninger

1.1.1 Tema

Tema for oppgaven er samværsnekt ved omsorgsovertakelse. Jeg vil her gjøre rede for generelle prinsipper og rettsregler i barnevernretten før jeg så går over til å behandle spørsmålet om samværsnekt. Først vil jeg gjøre rede for dagens rettsstilstand slik den fremgår av loven, forarbeidene og juridisk teori, før jeg går over til å forsøke å belyse hvilke momenter Høyesterett og lagmannsrettene legger vekt på og hvilken vekt disse får i deres vurderinger. Er det noen momenter som blir tillagt mer vekt enn andre? Er det et eller flere momenter som er avgjørende? Blir de forskjellige momentene tillagt like mye vekt i de forskjellige dommene og av de forskjellige rettsinstansene? Etter dette vil jeg søke å besvare hva som faktisk skal til for at samvær skal nektes. Hva legger domstolene i praksis vekt på og er det mulig å finne en ”logikk” i deres vurderinger? Hvor går den faktiske grensen for samværsnekt? Jeg vil så omtale NOU 2012:5 som kom ut i februar 2012 om bedre beskyttelse av barns utvikling (- ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp). Hvilke endringer er foreslått og hvordan vil disse endringene påvirke rettsstilstanden? Til slutt vil jeg se på hva det vil kunne medføre om det biologiske prinsipp blir tillagt mindre vekt. Jeg vil også diskutere om forholdene er holdbare slik de er i dag eller om det burde gjøres endringer.

1.1.2 Avgrensning

Problemstillinger i barneloven (bl.) vil ikke omtales med mindre det er relevant for framstillingen. Det vil avgrenses mot samværsrett for andre enn biologiske foreldre og videre mot andre situasjoner enn tvangsmessig omsorgsovertakelse. Høyesteretts- og lagmannsrettsavgjørelser vil bli kommentert, analysert og diskutert. Oppgaven er

konsentrert om rettstilstanden slik den fremstår i dommer fra Høyesterett og Lagmannsrettene.

1.1.3 Begreper

Når et vedtak om omsorgsovertakelse er fattet, er det omsorgen for barnet de biologiske foreldrene i utgangspunktet mister, ikke foreldreansvaret.

1.1.3.1 Omsorg

Med omsorg menes å sørge for de daglige behov, materielle og følelsesmessige. Dersom de biologiske foreldrene har mistet omsorgen for barnet, er det barnevernet eller fosterforeldrene, som tar over den daglige omsorgen. Det følger av pasientrettighetsloven (pasrl.) §4-4(2) at barnevernet har rett til å samtykke til helsehjelp dersom omsorgen er fratatt de biologiske foreldrene etter barnevernloven (bvl.) §4-6(2), §4-8 eller §4-12. (Grunnen til dette er at dersom barnet har behov for helsehjelp, men foreldrene ikke skaffer barnet den hjelpen det trenger vil dette kunne være grunnlag for omsorgsovertakelse.) Fordi de biologiske foreldrene (eller andre som hadde omsorgen) fremdeles innehar foreldreansvaret er det i den gjeldende paragrafen presisert at barneverntjenesten tar avgjørelser om helsehjelp for barn under 16 år som er i deres omsorg. Avgjørelser som må tas angående skole og utdanning før barnet blir 15 år, er av mindre betydning, så det er fosterforeldre eller eventuelt institusjonsledelsen som må ta disse. Etter at barnet er fylt 15 år skal barnet selv ta avgjørelser angående skole og utdanning. Dette følger av bl.§32. Fosterforeldrene får også barnetrygden for fosterbarnet, jf. lov om barnetrygd §2. Angående religiøs oppdragelse kan fosterforeldrene ha innflytelse på denne så lenge det har innvirkning på de daglige gjøremål, for eksempel bekledning og hyppig bønn. Hovedregelen om religion i oppdragelsen er at det er de biologiske foreldrene som skal ta avgjørelser om dette.

1.1.3.2 Foreldreansvar

Med foreldreansvar menes den plikt og rett foreldre har til å bestemme og delta i viktige avgjørelser for barnet. Når de biologiske foreldrene har mistet omsorgen, vil de som hovedregel fortsatt ha foreldreansvaret for barnet, de er verger, og bestemmer blant annet i

økonomiske spørsmål. Samtykke fra den eller de med foreldreansvaret er en nødvendig betingelse for adopsjon, jf. Adopsjonsloven (adl.) §7, såfremt barnet ikke adopteres ved tvang i forbindelse med omsorgsovertakelse etter barnevernloven.

1.2 Rettskilder

1.2.1 Nasjonal rett

Jeg tar i oppgaven utgangspunkt i bvl. §4-19(2) om samværsnekt, forarbeidene, etterarbeidene og kommentarer til denne bestemmelsen. Rettspraksis er også en viktig kilde.

1.2.2 Internasjonal rett

1.2.2.1 Barnekonvensjonen

FNs barnekonvensjon (BK) ble ratifisert av Norge i 1991. 1.oktober 2003 ble den inkorporert i norsk lov ved endring i menneskerettslovens §2. Det følger av §3 i menneskerettsloven at konvensjonen i tilfelle motstrid skal gå foran nasjonal lov. Det presiseres i BK artikkel 3 nr.1 at barnets beste skal være det grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn.

Som følge av barnekonvensjonens inkorporering ble det i tillegg gjort endringer i blant annet barneloven og barnevernloven for å synliggjøre konvensjonens bestemmelser. Barnets rett til å uttale seg, som er slått fast i BK artikkel 12, har blant annet blitt styrket i både barnevernloven og barneloven. Bestemmelsene om barnets beste i barnevernloven går imidlertid lenger i sin beskyttelse av barnet enn BK artikkel 3. Barnevernloven presiserer at det er det beste for barnet det skal legges vekt på. Det nevnes ikke noe om at foreldrene skal tas hensyn til. Barnet skal gis god og stabil voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen. Etter ordlyden i bvl. §4-1 skal barnets beste tillegges ”avgjørende betydning” mens barnets beste etter BK art.3 skal ha ”grunnleggende betydning”. Ordlyden i BK artikkel 3 uttrykker i tillegg at foreldrenes rettigheter skal sikres - det skal tas hensyn til ”rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre (...) og skal treffe alle egnede lovmessige og administrative tiltak til dette formål”. Det er min vurdering at barnevernloven går lenger i å

ta hensyn til bare barnet i og med at barnekonvensjonens tilleggsbetingelse om foreldrenes rettigheter ikke ble inkludert i barnevernloven ved inkorporeringen.

Prinsippet om barnets beste er et grunnleggende prinsipp i barnekonvensjonen. Artikkel 3 nr.1 gir ikke en klar rettighet. Under utarbeidelsen av konvensjonen ble det konkludert med at prinsippet ikke skulle være ”det overordnede hensyn i alle tilfeller”, men et hovedhensyn ”da andre parter også kunne ha like viktige eller enda viktigere interesser.” Skal andre hensyn gå foran må det imidlertid godtgjøres at det ikke finnes andre løsninger.¹

1.2.2.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonens artikkel 8

Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK) (4.november 1950) ble ratifisert av Norge i 1952 og trådte i kraft i 1953. Konvensjonen ble inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven av 21.mai 1999 nr.30.

EMK art.8 verner om retten til familieliv og privatliv. Alle tiltak fra barnevernet er i utgangspunktet i strid med EMK art.8(1). Et inngrep av barnevernet kan bare aksepteres hvis det kan forsvares av unntakene i art.8(2), og dermed hvis vilkårene etter andre ledd er oppfylt. Det må etter denne være i ”samsvar med lov”, være ”nødvendig i et demokratisk samfunn” og ivareta legitime formål. Brudd på EMK kan prøves for den Europeiske Menneskerettsdomstolen (EMD). EMD prøver om begrensningen av samvær mellom foreldre og barn er tilstrekkelig begrunnet.² Det kreves sterke grunner som skal domineres av hensynet til barnets beste, for at samvær skal kunne nektes.³ Det kan se ut om at EMK i større grad vektlegger hensynet til gjenforening enn norsk rettspraksis.⁴ Norsk rett anses for å være innenfor rammene til EMK.⁵

¹ Haugli (2011) s.49

² *Norsk lovkommentar* (2005) s.3136 note 70, s.3137 note 73

³ Lindboe (2008) s.118

⁴ Lindboe (2008) s.119-120

⁵ Haugli (2000) s.231-235

2 Hovedprinsippene i barnevernretten

2.1 Barnets beste

Barnets beste, som er det overordnede prinsipp i barnevernretten, er lovfestet i bvl.§4-1 der ordlyden fastslår at det skal ”(...) legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste.” Barnets beste forholder seg til det enkelte barn og situasjonen det befinner seg i. Dette blir i noen saker stående mot et annet viktig prinsipp – det biologiske prinsipp (se kapittel 2.2), som er et mer rettslig bindende og generelt hensyn. Barnets beste er det eneste som kan begrunne tilsidesettelse av eller begrensning i det biologiske prinsipp.

Barn har forskjellige behov og det varierer hva som er best for det enkelte barn. Har barnet fysiske eller psykiske vansker kan det behøve mer hjelp og oppfølging enn et friskt barn. Barnets beste må derfor vurderes individuelt i den enkelte sak. Foreligger vilkårene for inngrep etter barnevernloven kapittel 4 er det hensynet til barnets beste som avgjør om inngrep kan gjennomføres. Dette gjelder både ved vurdering av *om* det skal settes inn tiltak, og *hvilket* tiltak som skal settes inn. Et tiltak skal bare vedtas dersom barnet vil profitere på tiltaket.

Når det for eksempel skal avgjøres om omsorgsovertakelse skal vedtas eller samvær skal nektes, er det som oftest barnets beste og foreldrenes ønsker og hensynet til dem det står mellom. Står hensynet til foreldrene og hensynet til barnet mot hverandre er det hensynet til foreldrene som må vike, hensynet til barnets beste skal gå først. Dette følger av bvl.§4-1.

2.2 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp fastlegger at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dette har lenge vært et utgangspunkt i barnevernretten. Det å bo med sine biologiske foreldre har stor egenverdi for barn selv om det er mangler (også tidvis store) ved foreldrehjemmet. Dette utgangspunktet ligger til grunn for vilkårene om omsorgsovertakelse.⁶ Det er et vilkår for omsorgsovertakelse at frivillige hjelpetiltak i hjemmet er forsøkt, eller i hvert fall

⁶ Lindboe (2008) side 19

vurdert. Det biologiske prinsipp er videre aktuelt i etterkant av en omsorgsovertakelse der de biologiske foreldrene har rett til samvær med barnet. Begrunnelsen er at barnet skal kjenne sitt opphav selv om situasjonen er slik at barnet ikke kan bo i det biologiske hjemmet. Et slikt samvær vil videre ha betydning ved en eventuell tilbakeføring til foreldrene.

Det biologiske prinsippet kommer ikke klart til uttrykk i lovteksten, men fremkommer i lovforarbeidene. Det uttales blant annet at ”det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn.” Utgangspunktet er at problemer i hjemmet om mulig bør løses med hjelpetiltak der selv om foreldrenes omsorgsevne og forhold til barna svikter. Dette selv om den sviktende evne til omsorg er av alvorlig karakter.⁷ Videre uttales at det i vårt samfunn er alminnelig akseptert at kontakt med biologiske foreldre er et gode for barn. Det er i forarbeidene foreslått at dette prinsippet nedfelles i §4-19, og er tatt inn gjennom formuleringen ”barn og foreldre har (...) rett til samvær med hverandre”.⁸

Begrepet ”det biologiske prinsipp” er anvendt som argument av Høyesterett for første gang i Rt.1991.668 der mor får tilbake omsorgen for sin syv år gamle sønn som hadde vært i fosterhjem siden han var åtte måneder gammel.⁹ Dommen fra 1991 henviser til de prinsipielle uttalelsene i en tidligere dom, Rt.1984.289, der det ble uttalt at ”et ikke uvesentlig moment er at barnets rettslige forankring til et foreldrehjem er en annen og langt sterkere enn til et fosterhjem”.¹⁰ Det er videre uttalt at det ”etter gjeldende lov må anses som en egenverdi at barnet kan vende tilbake til foreldrene”.¹¹ Det er videre uttalt i rettspraksis at om omsorgen må fratas de biologiske foreldrene, bygger barnevernloven på

⁷ Ot.prp.nr.44 (1991-1992). s.42

⁸ Ot.prp.nr.44 (1991-1992). s.54

⁹ Lindboe (2008) side 19

¹⁰ Rt.1984.289, side 298, Rt.1991.668, side 675

¹¹ Rt.1984.289, side 299

at det uansett vil være til barnets beste at de har foreldreansvaret for og kontakt med det.¹² Det er verken i forarbeidene eller lovteksten til barnevernloven av 1992 gitt uttrykk for at rettstilstanden skal endres på noen måte. Uttalelsene om barnevernloven av 1953 må derfor gi uttrykk for gjeldende rett etter 1992-loven.

2.3 Legalitetsprinsippet

Et hvert inngrep som gjøres av myndighetene i privates rettsstilling må ha hjemmel i lov. Barnevernet må ha hjemmel for å kunne sette inn tvangstiltak, som omsorgsovertakelse, og har dette i bvl. kapittel 4.

2.4 Mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp skal sikre at det ikke settes inn tiltak som er mer inngripende enn det som er nødvendig i den aktuelle situasjonen. Før vedtak om frivillig eller tvungen omsorgsovertakelse skal barnevernet alltid vurdere om hjelpetiltak i hjemmet vil være tilstrekkelig.

3 Kort om omsorgsovertakelse etter §4-12

Omsorgsovertakelse innebærer at barnet flyttes fra foreldrene og at det offentlige tar over omsorgen for barnet. Den daglige omsorgen vil bli utøvd av et fosterhjem eller en institusjon på vegne av barneverntjenesten. De biologiske foreldrene beholder foreldreansvaret men mister omsorgen for barnet.

Det følger av §4-12 (1) at vedtak om omsorgsovertakelse bare kan treffes dersom det er alvorlige mangler ved omsorgen eller personlig kontakt og trygghet, eller dersom foreldrene ikke sørger for at barnet får den hjelp det trenger, det være seg behandling av sykdom eller opplæring på grunn av sykdom eller funksjonshemning. Omsorgsovertakelse

¹² Rt.1991.557, s.561

kan også vedtas hvis mishandling eller alvorlige overgrep skjer i hjemmet eller dersom barnet kan få sin helse eller utvikling skadet fordi foreldrene ikke er i stand til å ta seg av barnet, eller det er overveiende sannsynlighet for noe av dette.

Et av vilkårene i §4-12 må være oppfylt for at en omsorgsovertakelse skal kunne finne sted. Det er i paragrafens andre ledd gitt et tilleggsvilkår om at det skal være nødvendig ut fra situasjonen. Det skal, hvis det er mulig og tilfredsstillende, gis hjelpetiltak etter §4-4, §4-10 eller §4-11 i stedet for å ta omsorgen.¹³ Barnevernet kan altså ikke vedta omsorgsovertakelse etter §4-12 dersom det ikke etter en helhetsvurdering fremstår som det beste for barnet (jf. §4-1).

4 Samvær etter §4-19

Bvl. §4-19 uttrykker at barn og biologiske foreldre har rett til samvær med hverandre etter omsorgsovertakelse så lenge annet ikke er bestemt. Paragrafens 2.ledd åpner for samværsnekt.

4.1 Saksbehandlingen ved samværsspørsmål

Barnevernet gir innstilling til fylkesnemnda om omsorgsovertakelse etter bvl. §4-12. Fylkesnemnda fattet så et vedtak. Fattes vedtak om omsorgsovertakelse skal samvær reguleres. Fylkesnemnda avgjør omfanget av samværet og kan også bestemme at det ikke skal være samvær, hvis dette er til det beste for barnet. Vedtak som er fattet av fylkesnemnda om samværsnekt eller omfanget av samvær kan overprøves av domstolene. Dette følger av tvistelovens (tvl.) kapittel 36, jf. Bvl. §7-24.

¹³ Bvl. §4-12(2)

Fylkesnemnda regulerer ikke samvær når barnet er frivillig plassert etter §4-4 eller §4-24 og §4-26.¹⁴ Bvl. §4-4 omfatter hjelpetiltak for barnet og familien som for eksempel støttekontakt, besøkstjeneste, plass i barnehage, tilbud om utdanning og andre avlastnings tiltak. De to andre paragrafene (4-24 og 4-26) omfatter frivillig opphold i institusjon for ”(...) barn som har vist alvorlige adferdsvansker (...)”. Frivillig betyr her med samtykke fra foreldrene.

4.2 Det biologiske prinsipp ved vurdering av samvær

Det biologiske prinsipp og dets betydning for samvær er omtalt i dommen tatt inn i Rt.1991.557. Der tar Høyesterett som utgangspunkt at barnevernloven bygger på at det som oftest vil være til barnets beste at de biologiske foreldrene har omsorgen for det.¹⁵ Av dette er det utledet at kontakt med biologiske foreldre er til barnets beste også etter at de er fratatt omsorgen for barnet. Når omfanget av samvær skal avgjøres, skal fordelene ved kontakt tas med i vurderingen.

4.3 Gjenopptakelse av samværssaker

Etter §4-19 femte ledd må det være minst et års mellomrom mellom hver gang en samværssak kan bringes inn for fylkesnemnda av private parter (for eksempel biologiske foreldre). Bakgrunnen for denne regelen er at en sak om samvær kan være opprivende for barnet. Det er dermed nødvendig, for å kunne gi barnet ro i fosterhjemmet, å begrense den biologiske familiens adgang til å kreve saken behandlet. Det fremgår av bestemmelsen at den bare gjelder for private parter, regelen gjelder derfor ikke for barnevernet. De kan fremme saker for fylkesnemnda hvis det har skjedd endringer av positiv eller negativ art i den biologiske familiens situasjon – endringer som kan medføre ytterligere begrensninger i eller utvidet samvær.¹⁶

¹⁴ Ofstad (2010) s.156

¹⁵ Rt.1991.557, s.562

¹⁶ Bvl. §4-19(5), Ofstad (2010) s.178

4.4 Anvendelse av barneloven i samværssaker etter barnevernloven

Barnelovens §43 omfatter også samværsregler, men den kommer til anvendelse når det er en tvist mellom de to foreldrene. En omsorgsovertakelse etter barnevernloven er en tvist mellom foreldrene og staten, representert ved barnevernet. Det gjør seg gjeldende andre hensyn når samvær skal fastsettes etter en omsorgsovertakelse enn ved et samlivsbrudd. Når vedtak om omsorgsovertakelse er fattet, er dette på grunn av at barnet ikke får tilfredsstillende omsorg, noe som i utgangspunktet ikke tilfellet ved et samlivsbrudd mellom foreldrene. Barnet får stort sett tilstrekkelig omsorg selv om foreldrene ikke lenger bor sammen. Barnelovens normalordning i §43 er derfor ikke et utgangspunkt når samvær skal fastsettes ved en omsorgsovertakelse etter barnevernloven. Dette fremgår av rettspraksis.^{17 18}

4.5 Omsorgsovertakelsens varighet

Et moment i vurderingen av hvor mye samvær som skal tilkjennes er om omsorgsovertakelsen antas å være varig, eller om tilbakeføring vil kunne skje i løpet av kort tid. I en situasjon hvor barnet skal være hos fosterfamilien over flere år, er det viktig at det får tid til å knytte seg til dem selv om barnet da vil få et mer distansert forhold til de biologiske foreldrene. På denne måten får barnet mer ro og kontinuitet, noe som anses meget viktig. Det er allikevel viktig at barnet får noe kjennskap til sitt biologiske opphav, i fall det blir aktuelt med mer kontakt når barnet blir eldre. Skal, på den annen side, plasseringen hos fosterfamilien være kun kortvarig, er det meget viktig at barnet ikke mister kontakten med de biologiske foreldrene. Tilbakeføringen vil da bli mindre problemfylt for barnet. Dette følger av rettspraksis. Det uttales i dommen tatt inn i Rt.1998.787 at ”i de tilfelle omsorgsovertakelse antas å være midlertidig (...) bør (...) kontakten (...) holdes best mulig ved like. Dette tilsier (...) hyppige samvær av noe lengre varighet. Hvis tilbakeføring ikke kan påregnes eller tilbakeføring ligger langt fram i tid, tar samvær sikte på at barnet skal få

¹⁷ Rt.1998.787, 792

¹⁸ Rt.1996.1684, s.1694

kjennskap til sitt biologiske opphav (...). Hovedmålsetningen over tid må være at også mer begrenset samvær fungerer til barnets beste ut fra barnets følelser, interesser og behov.”¹⁹

4.6 Barnets rett til å uttale seg

Barnets rett til å uttale seg er vektlagt i både FNs barnekonvensjon artikkel 12 og nasjonal lovgivning –bvl.§6-3 og bl.§31. For at barnet skal kunne uttale seg må det få informasjon om saken. Informasjonen må være gitt ut fra barnets alder og funksjonsnivå. Eldre barn skal få mer informasjon enn yngre barn. Barnets alder er også et moment når det kommer til hvor mye vekt deres uttalelser skal tillegges. At barnet har rett til å uttale seg betyr ikke at dets mening skal være avgjørende. Dette er slått fast i rettspraksis. Man kan ikke ukritisk la barnets mening være avgjørende. Det kan være alternative grunner til at de uttaler seg som de gjør – lojalitet, skyldfølelse eller frykt for foreldrenes reaksjon for å nevne noen. I dom som er tatt inn i Rt.1987.289 uttales det at ”barna vanskelig kan se konsekvensene av det valg det er tale om”.²⁰ Det er uttalt i dom i Rt.1998.1702 at det ”er grunnlag for atskillig tvil om i hvilken grad C og Ds utsagn er uttrykk for en entydig mening hos dem”.²¹ Dermed kunne ikke deres utsagn få avgjørende vekt for saken. Det er konstatert av Høyesterett at det i saker etter barneloven skal legges større vekt på barnets mening enn i saker etter barnevernloven.²² Dette er på grunn av de forskjellige situasjonene som de to lovene regulerer. I en konflikt etter barneloven vil barnet måtte velge mellom to foreldre, mens det i en konflikt etter barnevernloven vil måtte velge mellom foreldrene og barnevernet, da ved et eventuelt fosterhjem. Barnets mening må settes opp mot den risikoen barnet blir utsatt for ved eventuelt å skulle bo hos foreldrene.²³ Det vil ofte ha et ønske om å bo hos sine biologiske foreldre selv om det vil ta skade av det, blant annet fordi det vil være en tilknytning mellom barnet og foreldrene, i hvert fall der det har bodd hjemme.

¹⁹ Rt.1998.787, s.792

²⁰ Rt.1987.289, s. 301

²¹ Rt.1998.1702, s. 1711

²² Rt.2006.1308 avsnitt 58-60

²³ Rt.2006.1308 avsnitt 58-60

At barnet har en rett til å uttale seg betyr ikke at det har en plikt til dette. Det kan ofte være bedre for barnet å slippe å uttale seg, særlig hvis det vegrer seg for å ha en mening. Barnet står som oftest i en posisjon hvor en uttalt mening vil kunne føre til en lojalitetskonflikt enten med de biologiske foreldrene eller fosterforeldrene. En slik lojalitetskonflikt er det ønskelig å unngå. Barnet skal ikke måtte uttale seg om det vegrer seg for dette, men skal heller ikke nektes å uttale seg dersom det ønsker det.

Det er ofte vanskelig å vite bakgrunnen for barnas uttrykte ønsker om hvor de vil bo. Uttalelsene må vurderes i den enkelte sak og opp mot de andre vurderingsmomentene i saken, som vitneutsagn samt uttalelser fra sakkyndige.

Dersom barnet ikke får mulighet til å uttale seg vil dette være en saksbehandlingsfeil og kjennelsen kan på grunn av dette oppheves. I dommen inntatt i Rt.1999.1183 opphevet Høyesteretts kjæremålsutvalg lagmannsrettens kjennelse fordi barnet ikke hadde fått si sin mening som det har rett til etter bl.§31.²⁴ Det samme må gjelde etter bvl.§6-3.

5 Samværsnekt etter §4-19(2)(1)

Det vil i enkelte situasjoner være til barnets beste å ikke ha samvær med sine biologiske foreldre. Barnevernloven åpner for å nekte samvær i §4-19 (2)(1).

Ordlyden i bvl.§4-19 (2), som regulerer spørsmålet om samværsnekt, er vid. Det uttrykkes i paragrafens andre ledd at ”Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten, men kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær.”

²⁴ Rt.1999.1183, s.1186

Det understrekes i barnekonvensjonen (BK) og i referert litteratur at samvær er en rettighet både for barnet og de biologiske foreldrene.^{25,26} Med dette som utgangspunkt kan det gis samvær også der dette ikke er et gode for barnet. På den annen side er det barnets beste som er avgjørende når spørsmål om samvær skal avgjøres. Når samværsretten skal fastsettes, vil omsorgsvedtakets formål og de konkrete omstendigheter i den enkelte sak ha betydning for vurderingen. Varighet, tilknytning og betydningen av det biologiske prinsipp er sentrale momenter som vil utdypes nedenfor.

5.1 Omsorgsovertakelsens varighet

Det er et viktig moment i vurdering av samværsnekt om omsorgsovertakelsen regnes for å være kort- eller langvarig. Jeg har ikke funnet dokumentasjon av hva som menes med kortvarig omsorgsovertakelse, men antar at dette er tilfeller der barnet kan tilbakeføres i løpet av uker eller måneder. Ved kortvarig omsorgsovertakelse bør vanligvis samvær med biologiske foreldre være hyppigere og av lengre varighet og skal som et utgangspunkt ikke nektes. Ved langvarig omsorgsovertakelse – sjeldnere besøk (få ganger per år) av kortere varighet (få timer per gang) og samværsnekt kan her være aktuelt. Eksempler på sjeldne besøk av kort varighet finner vi i dommene inntatt i LB-2006-26681 hvor det ble gitt samvær to ganger á to timer per år og LB-2009-147504 hvor det ble gitt fire ganger á to timer per år.

Høyesterett har uttalt at dersom man antar at omsorgsovertakelsen er midlertidig og at tilbakeføring vil skje ”innen rimelig tid”, bør kontakten mellom barn og biologiske foreldre opprettholdes best mulig. Dess nærmere man kommer tilbakeføring jo mer bør lengden og hyppigheten av samværene økes. Dersom man ikke kan regne med at barnet vil tilbakeføres ”innen rimelig tid”, eller det mest sannsynlig vil ta lang tid før det kan tilbakeføres, er poenget med samvær at barnet skal ha kjennskap til sine biologiske foreldre og sitt opphav. Dette skal bedre muligheten for en tilknytning senere i livet. Det må være en hovedmålsetning at samværene, om de er sjelden eller ofte, fungerer ut fra barnets følelser, behov

²⁵ BK art.3 nr.2

²⁶ Ofstad (2010) s.157-158

og interesser til barnets beste.²⁷ Lengde og hyppighet av samvær vil da avhenge av type plassering. Dette uttales i dom tatt inn i Rt.2006.247.²⁸ Det presiseres også her at spørsmålet om tilbakeføring vil kunne skje innen rimelig tid, er av stor betydning.

Barnevernet benytter tre former for plassering - fosterhjem, institusjon og beredskapshjem. Beredskapshjem benyttes kun i akutte tilfeller og overgangssituasjoner der barnet venter på annen plassering.²⁹ Det vises i et senere kapittel (kapittel 5.3) til nyere forskning om tilknytning mellom barnet og dets omsorgspersoner. Det er rimelig å anta at lengre varighet gir økt tilknytning. Likeledes at færre omsorgspersoner gir bedre grobunn for tilknytning enn flere omsorgspersoner.

Regelen er i dag at ingen små barn skal vokse opp i institusjon.³⁰ De minste barna, som blir plassert for oppvekst, skal alltid i fosterhjem. Litt større barn kan på den annen side ha godt av å bo i institusjon fremfor et fosterhjem. Det er ikke uvanlig at eldre barn selv ønsker å bli plassert i en institusjon. Disse barna har bodd mange år med sine biologiske foreldre og vil synes det er vanskelig å flytte inn til en helt ny familie. Normalt samvær vil for små barn være 2 til 4 ganger i året hvis barnet er flyttet ved fødselen og 4 til 8 ganger i året dersom samværskompetansen (i kapittel 6.1.3.4 kalt foreldrenes agering) er god. Det er i slike situasjoner forutsatt at barnet har en langvarig plassering og skal opparbeide tilknytning til fosterforeldrene. Eldre barn (12 år og eldre), som inntil dette har bodd hjemme, kan plasseres i institusjon.³¹ De skal ikke opparbeide tilknytning til nye

²⁷ Rt.1998.787, s.793-794

²⁸ Rt.2006.247, avsnitt 31

²⁹ Saltnes (2012)

³⁰ Saltnes (2012)

³¹ Begrepene små barn og eldre barn benyttes her annerledes enn i NOU 2012:5 som definerer de minste barna(0 til 18 mnd.), små barn(18mnd. til 4 år) og eldre barn (4 år og eldre).

omsorgspersoner og dette vil dermed ikke være i veien for samvær. Hyppigheten og formen for samvær vil variere i stor grad.³²

Langsiktig omsorgsovertakelse er ikke tilstrekkelig for å nekte samvær. Det er fastslått i blant annet Rt.1998.787 og referert av Haugli et al. og Ofstad et al.³³ Det å avskjære samvær helt, er et svært inngripende tiltak, noe som også vil gjøre en eventuell tilbakeføring mye vanskeligere.³⁴

Til støtte for dette er uttalelsene i Adele Johansen-dommen.³⁵ Moren (Adele Johansen) ble nektet samvær og fratatt foreldreansvaret med sikte på adopsjon. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) uttalte om samværsnekt og adopsjon at ”slike virkemidler burde bare bli satt i verk i særskilte tilfeller og kunne bare rettferdiggjøres hvis de var motivert av en overvekt av hensyn til barnets beste.” EMD var enig i at det i visse situasjoner vil være nødvendig å nekte biologiske foreldre samvær med sine barn, men dette kan bare gjøres i ekstraordinære tilfeller og ”kan bare rettferdiggjøres hvis tiltakene er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste.” EMD konkluderte med brudd på EMK art.8. Det kan nevnes at Adele Johansen-dommen ble behandlet etter barnevernloven av 1953, men gjeldende lov er ikke endret på dette punkt og dommen har derfor fremdeles betydning.³⁶ Refererte høyesterettsdommer er strenge i sin vurdering av vilkårene for samværsnekt.

Det er krav til begrunnelse og forholdsmessighet av vedtak. Inngrepet som gjøres i samværsretten må stå i forhold til grunnen til at det gjøres et inngrep. Det stilles samme krav til denne typen inngrep som til alle andre forvaltningsmessige inngrep. Vedtak som

³² Saltnes (2012)

³³ Haugli (2010) s.37-38, Ofstad (2010) s.159.

³⁴ Ofstad (2010) s.159

³⁵ Case of Johansen v. Norway. Se også kapittel 6.3.

³⁶ Ofstad (2010) s.160

dette ses på som tvangsvedtak som kan overprøves etter tvistelovens regler. Det er ikke samværsretten som skal begrunnes, det er hvilke begrensninger man gjør i den.³⁷

Barnevernet har en mulighet til å (på egenhånd) nekte samvær i akutte situasjoner ved henvisning til nødrett. Etter straffeloven §47 går en ellers straffbar handling straffri dersom det er handlet i nødrett – ”Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget for at redde nogens Person”. Dette kan bare gjøres dersom det er reell fare for at barnet skal bli mishandlet, bortført eller ved tilsvarende forhold. Nødrett kan bare benyttes unntaksvis og i svært begrenset omfang og tid. Dette er fordi det brukes tvangsmidler uten å ha hjemmel. For at den tvangsmessige nektelsen av samvær ikke skal være lovstridig må barneverntjenesten raskt fremme forslag for fylkesnemnda om å gjøre endringer i samværet. Skal det gjøres permanente endringer i samværet må dette fremmes for fylkesnemnda i løpet av kort tid.³⁸ Raskt/kort tid vil sannsynligvis bety i løpet av første påfølgende arbeidsdag.

Hvor sterke grunner kreves for at samvær skal kunne nektes? Er det nok at samvær ikke ses som det beste for barnet? At barnet ikke får noe positivt ut av samværene? Er det en avveining av hva barnet vinner på samværene mot hva barnet taper? Eller kreves det at barnet må ta skade av samvær for at det skal kunne nektes? Er det tilstrekkelig at det er mulig barnet vil ta skade eller må det være en sannsynlighetsovervekt og meget sannsynlig? Disse spørsmålene vil bli forsøkt besvart videre i oppgaven hvor rettspraksis fra Høyesterett og lagmannsrettene vil bli gjennomgått.

5.2 Betydningen av det biologiske prinsipp for samværsnekt

Det er det biologiske prinsipp som ligger til grunn for hovedregelen om at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dette er også grunnlaget for regelen om at foreldre og barn har rett til samvær, selv om foreldrene er fratatt omsorgen. Ved å nekte samvær går

³⁷ Haugli (2010) s28-31

³⁸ Ofstad (2010) s.166-167

man mot et av de sterkeste prinsippene i barnevernretten. Det skal derfor mye til for at samvær skal kunne nektes.

Dersom det biologiske prinsipp blir tillagt mindre betydning, vil mulighetene for oftere samværsnekt og flere adopsjoner være til stede. Dette diskuteres i NOU 2012:5 som omhandler nettopp barnets beste og det biologiske prinsipp. NOU-en vil kommenteres senere.

Det uttales av departementet i Ot.Prp.nr.69 (2008-2009) at når foreldre ikke har ressurser til å gi barnet den omsorgen det trenger ”må det biologiske prinsipp vike” og barnets beste må gå foran.³⁹ Det presiseres at barnets behov må settes foran de biologiske foreldrenes behov og ønsker. I den nevnte proposisjonen ble det forslått å gi en begrenset rett til kontakt mellom biologiske foreldre og barn etter at barnet er blitt adoptert av sine fosterforeldre. Samvær etter adopsjon ble så foreslått i prop. 7L (2009-2010) og tatt inn bvl.§4-20a.⁴⁰

5.3 Tilknytning

Ideen om ”barnets tilknytning” er et relativt nytt tema i barnevernretten. Det er omdiskutert og ingen konsensus om hvordan dette skal vektlegges. Teorien om tilknytning ble først utviklet av psykiateren John Bowlby i 1969 og senere videreutviklet av ham og andre.⁴¹ Dette kapitlet er i hovedsak bygget på boken ”Samvær i barnevernsaker”.⁴²

I saker vedrørende omsorgsovertakelse og samvær er noe av det viktigste å sikre barnets utvikling. Tilknytningsteori er blitt viktigere og viktigere for å forstå barns utvikling.

Teorien sier at mennesket har en medfødt disposisjon til å knytte seg til omsorgspersoner. Tilknytning er ikke det samme som å være glad i. Barnet vil knytte seg til sin omsorgs-

³⁹ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s.6

⁴⁰ Endringslov (Lov 2010-06-04)

⁴¹ Bowlby (1969)

⁴² Haugli (2010) s.68-73

person uansett hvordan og på hvilken måte denne personen ivaretar barnets fysiske og psykiske behov. Forskning har kunnet konstatere at tilknytning hovedsaklig skjer i de første seks månedene av et barns liv, men det kan allikevel etableres ny trygg tilknytning senere i livet. For at barnet skal kunne danne slike nye trygge tilknytningsbånd senere, er det avhengig av å føle trygghet og relasjonsmessig kontinuitet. For et barn i fosterhjem er det med andre ord nødvendig å føle at dets fremtid, i hvert fall for en periode, er avklart – at det kan slå seg til ro.

Det skilles mellom trygg og uttrygg tilknytning. Trygg tilknytning utvikles når barnet mottar god, sensitiv omsorg. I dette ligger at barnet får oppmerksomhet fra foreldrene og blir ivarettatt av dem på en forutsigbar og fleksibel måte. Foreldrene har et forhold til barnet på barnets premisser.

Den utrygge tilknytningen deles inn i to hovedtyper tilknytning; ”utrygg, unngående tilknytning og utrygg, ambivalent tilknytning”⁴³. Det første vil kunne utvikles når barnet blir oversett og ignorert av foreldrene, det andre når barnet noen ganger blir møtt med følsomhet og andre ganger ignorert. For å takle dette utvikler barn forskjellige strategier for å få oppmerksomhet.

Barn med uttrygg, unngående tilknytning vil gjerne reagere ved å kontrollere egne følelser og ikke søke foreldrene ved ubehag. Det søker å vise at det ”klarer seg selv” fordi avvisning fra foreldrene da blir mindre sannsynlig. På den andre siden vil barn med uttrygg, ambivalent tilknytning takle dette ved til enhver tid å gi uttrykk for å ha et behov for foreldrene. Ved å hele tiden vende seg til foreldrene med ubehag og andre behov blir sjansen størst for å få respons og oppmerksomhet av foreldrene.

⁴³ Haugli (2010) s.70

Eksempler på utrygg tilknytning kan være at omsorgspersonens samspill med barnet er intenst, men overveiende på egne premisser og ikke på barnets premisser. Barnet får for eksempel store omsorgsoppgaver for foreldrene og må sette sine egne behov til side.

Hvorfor foreldrenes utøvelse av omsorg påvirker barns utvikling i så stor grad er usikkert, men en teori er at barn utvikler det Bowlby kaller ”indre arbeidsmodeller av selv og andre”⁴⁴. Dersom barnet vokser opp med overvekt av positive omsorgserfaringer og trygg tilknytning, vil det utvikle en ”grunnleggende antagelse” om at det kan mestre oppgaver og at det er elsket. Vokser barnet på den andre siden opp med overvekt av negative erfaringer om omsorg vil det utvikle en ”grunnleggende antagelse” om at det ikke mestrer og ikke er verdt å elske. Barnet vil kunne få en formening om at andre ikke er til å stole på.

Det samme forskningsarbeidet tyder på at kvaliteten på tilknytningen har stor betydning for barnets utvikling. Barnet kan over tid endre sin tilknytningsstrategi og da endre sin oppfattelse av seg selv og andre. Det er en av fosterhjemmets viktigste oppgaver å bidra til dette. For at fosterhjems plassering skal kunne være til barnets beste er det viktig at barnet får mulighet til å skape ny tilknytning til sine fosterforeldre. Dette gjelder uansett barnets alder. Dersom barnet ikke får noen tilknytning, vil dette kunne skade dets utvikling. Det er en målsetning at barnet skal kunne opprettholde tilknytningen til sine biologiske foreldre og samtidig knytte seg til fosterforeldrene. Samværsnekt kommer inn dersom de biologiske foreldrene ikke makter å frigi barnet slik at det får skapt ny tilknytning. Barnet blir for eksempel direkte eller indirekte presset og truet til å ikke knytte bånd til fosterforeldrene. De biologiske foreldres agering vil med andre ord være avgjørende for hvorvidt barnet kan skape nye tilknytningsbånd. Dersom de hindrer dette i å skje, kan barnet komme i en mellomposisjon som vil hemme dets utvikling. Det får ikke tilknytning der det bor, og bor ikke der det har tilknytning. I en slik situasjon kan det være at samværsnekt er eneste utvei for å sikre barnets utvikling.

⁴⁴ Haugli (2010) s.68-73

5.4 Andre former for kontakt, kan de reguleres?

Det er på det rene at fysisk samvær kan reguleres og nektes helt, men gir dette også en rett til å gjøre inngrep i andre kontaktformer? Andre former for kontakt, som brev og telefoni, har så tett tilknytning til samvær at jeg finner det naturlig å omtale dette. Regulering av denne typen kontakt omtales i litteraturen.⁴⁵ Nye elektroniske kommunikasjonsformer som e-post, videotelefoni og sosiale medier er så langt lite omtalt og ikke funnet i referert domsmateriale. Ny teknologi åpner for nye samværsformer - nye muligheter men også nye farer.

Barne- og likestillingsdepartementet og juridisk teori har tidligere lagt til grunn at brev- og telefonkontakt mellom barnet og foreldrene skal reguleres av barneverntjenesten, ikke fylkesnemnda.⁴⁶ Dette kan utledes av fylkesnemndas vedtak om at den daglige omsorgen for barnet overføres til barneverntjenesten. Regulering av brev- og telefonkontakt har vært ansett for å være omfattet av den daglige omsorgen. Høyesteretts kjæremålsutvalg har på den annen side i to dommer fra 2007 kommet til et annet resultat.⁴⁷ Retten uttaler i kjennelsen tatt inn i Rt.2007.1147 at fylkesnemndas utgangspunkt – ”at det hører under barneverntjenesten å regulere adgangen til telefonkontakt” – ikke kan opprettholdes. Kjæremålsutvalget sa i en kjennelse samme år at en begrensning i telefonkontakten mellom barnet og foreldrene må anses som tvang etter daværende sosialtjenestelov §9-10a(2)a.⁴⁸ Sosialtjenesteloven er nå opphevet og erstattet av helse- og omsorgstjenesteloven. Tvang i barnvernsinstitusjon er i tillegg regulert i forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon.⁴⁹ Fylkesnemnda og domstolene må derfor ha kompetanse til å ta stilling til regulering av annen type kontakt enn samvær.

⁴⁵ Lindbo (2008) s.114-115, Ofstad (2010) s.165-166, Haugli (2000) s.226-230.

⁴⁶ Ofstad (2010) s.165

⁴⁷ Rt.2007.1136, Rt.2007.1147

⁴⁸ Rt.2007.1136 avsnitt 23

⁴⁹ FOR 2011-11-15 nr.1103

Enhver har i følge EMK art.8 nr.1 ”rett til respekt for sitt privatliv (...) og sin korrespondanse”. Denne rettigheten må gjelde for barn som for voksne. Det følger av EMK art. 8 nr.2 at for at det skal kunne gjøres inngrep i denne rettigheten kreves det hjemmel i lov i tillegg til at inngrepet må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Det utledes av dette at dersom fylkesnemnda eller retten ikke har pålagt restriksjoner i telefon- eller brevkontakten, er det fri adgang til slik kontakt mellom barnet og foreldrene. Det er også konstatert i NOU 2012:5.⁵⁰ Dette må være uavhengig av hvor mye ”fysisk” samvær foreldrene er tilkjent. Dersom foreldrene er nektet samvær, kan de da ha ubegrenset kontakt med barnet per telefon dersom dette ikke er begrenset av fylkesnemnda eller domstolen? Og dersom de har slik tilgang, kan fosterforeldrene eller institusjonen begrense eller kontrollere kontakten?

Når det gjelder telefonkontakt må både fosterhjem og institusjon kunne begrense og kontrollere denne av økonomiske og praktiske hensyn.⁵¹ Så lenge kontakten ikke avskjæres helt, må de som har den daglige omsorgen for barnet kunne legge rammer og regler for slik kontakt som lengde på samtaler og tidspunkt på døgnet. Dette gjelder både inngående og utgående samtaler. Skal telefonkontakt nektes helt, er det fylkesnemnda som kan pålegge slike restriksjoner. Dette gjelder også dersom det ikke er mulig å få foreldrene til å begrense seg.⁵²

Når det gjelder brevveksling er det spesielle regler for barn i institusjon. Det følger av bvl.§5-9(3)c at slik kontroll ikke er tillatt med mindre det er tillatt ved forskrift.⁵³ Slik forskrift er gitt med hjemmel i bvl.§5-9(4)b og gir fylkesnemnda mulighet for å vedta kontroll med at det ikke blir innført rusmidler eller farlige gjenstander til institusjonen. Tilsvarende forskrift finnes ikke for barn som bor i fosterhjem. Utgangspunktet må også

⁵⁰ NOU 2012:5, s.104

⁵¹ Rt.2007.1147, avsnitt 21, Haugli (2000) s.228

⁵² Haugli (2000) s.226-230

⁵³ FOR 2011-11-15 nr.1103

her være at barnet uhindret skal kunne sende og motta post fra sine foreldre. Slik korrespondanse kan være positiv ved at foreldrene får medelt barnet ting som skjer i deres liv og motsatt. Det kan være en hjelp til å opprettholde kontakten mellom barn og foreldre på en måte som er mindre krevende enn direkte samvær. Slik kontakt kan også føre til at de eventuelle samværene blir mer positive.⁵⁴

Ukontrollert postgang kan være et problem dersom brevene fra foreldrene inneholder informasjon som kan skade barnet. Dersom korrespondanse viser seg å være til skade for barnet, kan fylkesnemnda pålegge restriksjoner. En utvidet lovtolkning av inngreps-hjemmelen tilsier at fylkesnemnda kan foreta inngrep i og eventuelt forby både brev- og telefonkontakt. Dette er basert på formålsbetraktninger.⁵⁵

Utvikling innenfor informasjons- og kommunikasjonsteknologi åpner for nye muligheter for kontakt. Tidligere var brev og telefon de metodene som eksisterte utover den fysiske kontakten. Nå kan man enkelt og rimelig kommunisere med videotelefoni, e-post og via sosiale medier. Nye kommunikasjonsformer vil komme til, men behovet for å kunne begrense eller nekte kontakt vil bestå. Problemstillingene på dette området vil dermed kunne oppstå jevnlig og i stadig nye former, men grunnlaget og det prinsipielle spørsmålet vil være det samme. Vil slik kommunikasjon skade barnet?

Dersom det foreligger et vedtak om å begrense ”samvær” via brev, telefon eller andre elektroniske kommunikasjonsformer, hvilke muligheter finnes for å håndheve et slikt vedtak? Kontroll med kommunikasjon kan i prinsippet iverksettes hos teleoperatøren (for eksempel Telenor), tjenesteleverandøren (for eksempel leverandøren av Facebook-tjenesten) eller hos brukeren (barnet eller fosterforeldrene).

⁵⁴ Haugli (2000) s.226-230

⁵⁵ Haugli (2000) s.226-230

De mekanismene som håndheves av teleoperatøren er regulert i blant annet lov om elektronisk kommunikasjon (e-koml.) og straffeprosessloven(strpl.). De vil bare kunne regulere kommunikasjonsformer som de selv har full kontroll over som telefoni og sms/mms. For å benytte seg av dette er det opp til brukeren selv (her fosterforeldrene) å iverksette dette.

Leverandører av tjenester så som Facebook og Nettby utfører selv ikke noen relevant kontroll, men tilbyr i varierende grad funksjoner som brukerne kan benytte til å regulere andres tilgang til informasjon om en. Barnet/fosterforeldrene må selv styre dette.

Hos brukeren kan man i tillegg benytte ”foreldrekontroll” eller andre elektroniske kontrollmekanismer men man kan også kontrollere den fysiske tilgangen til datamaskinen. Som man kan se er det i alle sammenhenger opp til brukeren selv (her fosterforeldrene) å iverksette tiltak for å begrense kontakten.⁵⁶

5.5 Sperret adresse

Det følger av bvl.§4-19(2)(2) at fylkesnemnda kan bestemme at de biologiske foreldrene ikke skal vite hvor barnet er. Det er ikke gitt noen nærmere regler om når dette tiltaket kan tas i bruk eller hvor lenge, men her som ellers må mildeste inngreps prinsipp gjelde.

Grunnen til at sperret adresse blir benyttet er stort sett av frykt for vold, trusler, kidnapping eller trakassering av fosterhjemmet eller institusjonen barnet er plassert i. Undersøkelser referert i Haugli; Samværsrett i barnevernssaker; har vist at fylkesnemnda benytter seg av dette midlet ved helt spesielle forhold og det er ikke rutinemessig brukt.⁵⁷

At barnet er plassert på sperret adresse vanskeliggjør, men hindrer ikke at samvær kan finne sted. Samvær vil kunne foregå på et nøytralt sted, men vil øke muligheten for at foreldrene får vite barnets plassering. Dette er ikke begrunnelse nok for at samvær skal nektes.

⁵⁶ Johnsen (2012)

⁵⁷ Haugli (2000) s.230

Det er sjelden praktisk å skulle opprettholde et vedtak om sperret adresse over lengre tid. Det er og blir stadig lettere å finne folk i vårt samfunn. Det vil være relativt enkelt for de biologiske foreldrene å finne frem til barnet hvis de går inn for det. Dette kan skje bevisst eller ubevisst ved at barnet selv forteller dette under fysisk samvær, på sosiale medier eller gjennom andre kommunikasjonskanaler hvor de har kontakt. Sannsynligheten er også stor for at barnets adresse vil kunne avsløres i et av de mange dokumentene i barnevernet som biologiske foreldre skal ha tilgang til.⁵⁸

6 Rettspraksis⁵⁹

6.1 Høyesterett

Høyesterett har behandlet 14 saker om samvær.⁶⁰ Det ble i tre av sakene påstått samværsnekt hvorav to resulterte i samværsnekt og en i samvær.⁶¹ De tre dommene gjennomgås for å identifisere de vurderingsmomenter som er avgjørende for når samvær kan nektes. Ut fra denne gjennomgangen vil det søkes å konkludere med hva som er det springende punkt for Høyesterett i saker som dette. De 11 resterende dommene diskuterer omfanget av samvær, ikke om samvær skulle nektes. I disse sakene omhandlet tvisten primært omsorgsovertakelsen og omfanget av samvær var en subsidiær problemstilling. Diskusjonen som er gjort om omfanget er kort.

⁵⁸ Haugli (2000) s.230

⁵⁹ En vesentlig del av denne analysen var skrevet før NOU 2012:5 ble tilgjengelig.

⁶⁰ Rt.1996.1684, Rt.1997.534, Rt.1998.787, Rt.1998.1420, Rt.2001.14, Rt.2002.875, Rt.2002.908, Rt.2003.425, Rt.2004.1046, Rt.2004.1683, Rt.2005.624, Rt.2006.247, Rt.2006.1308, Rt.2006.1672

⁶¹ Rt.2002.908, Rt.2004.1046, Rt.1998.787

6.1.1 Faktum i de to dommene som endte med samværsnekt

I dommen inntatt Rt.2002.908 var spørsmålet om mor skulle nektes samvær med sin datter (A) etter at hun ble fratatt omsorgen etter bvl.§4-12. Det ble i mars 1997 fattet et hastevedtak og A ble etter et hjemmebesøk plassert på barneverninstitusjon. Det ble i juni 1997 slått fast av den sakkyndige at morens psykiske tilstand hadde utviklet seg slik at det ikke var forsvarlig at hun hadde omsorgen for datteren. Vedtak om omsorgsovertakelse ble truffet av fylkesnemnda i oktober 1997. På dette tidspunktet hadde moren samvær.

I Rt.2004.1046 var spørsmålet for Høyesterett hvorvidt de biologiske foreldrene skulle nektes samvær med deres syv år gamle datter (B). Barnevernet tok over omsorgen for B da hun var rundt ett år gammel. B ble brakt til sykehus i november 1997, bevisstløs med bruddskader og blødninger i hodet. Foreldrene ble varetektsfengslet, siktet for å ha påført henne skadene. Fylkesnemnda vedtok i februar 1998 at omsorgen skulle overtas av barnevernet. Saken mot mor og far ble henlagt i 1999 på grunn av bevisets stilling. De biologiske foreldrene hadde samvær med B frem til saken ble behandlet i Høyesterett, men de siste årene i svært begrenset grad. B har i dag varig nedsatt funksjonsevne.

6.1.2 Faktum i saken som endte med samvær

I dommen inntatt i Rt.1998.787 fikk biologisk far, som ikke hadde hatt samvær tidligere, samvær med sin sønn. I tidligere rettsinstanser var den biologiske faren nektet samvær med sønnen. Da saken kom inn for Høyesterett hadde farens forhold endret seg såpass at begge parter, kommunen og den biologiske faren, var enige om at samvær ikke lenger ville være til skade for sønnen og at det derfor burde bli gitt samvær. Dette ble også resultatet.

6.1.3 Relevante momenter

Etter gjennomgang av de tre dommene synes følgende momenter å være relevant for bestemmelse av samværsnekt – barnets tilstand, barnets reaksjon på samvær, barnets egenmening, biologiske foreldres agering, uttalelser fra sakkyndige, omsorgsovertakelsens varighet og risikovurdering. Høyesterett skal, ved gjennomgangen av momentene nevnt ovenfor, vurdere om man har sterke nok grunner til å fravike det biologiske prinsipp ved å nekte samvær. Slik er prinsippet omfattet i dommene, men er ikke eksplisitt omtalt som et

av momentene i vurderingen. Det slås fast at det i utgangspunktet vil være positivt for et barn å ha kontakt med sine biologiske foreldre.

6.1.3.1 Barnets tilstand

Barnets tilstand, om det er sterkt psykisk eller om det lett kan ta skade av samvær, tillegges vekt. I 2002-dommen legges det til grunn at jenta ”i dag er et skadet og sterkt sårbart barn” hvilket ansees som en direkte virkning av morens oppførsel og manglende omsorgsevne da A bodde med henne.⁶² I 2004-dommen har som nevnt barnet fått varig nedsatt funksjonsevne, noe rettsinstansene legger til grunn er påført av de biologiske foreldrene. Skadene gjør B til et sårbart barn. Hun er tydelig opptatt av og har følelser og tanker om skadene og hvordan de er påført henne.⁶³ Barnet er i 1998-dommen blitt mye tryggere og har utviklet seg bra de siste årene i fosterhjemmet. Han er fremdeles sårbar, men ikke like mye som tidligere. Det nevnes dog at samværet må innføres gradvis og eventuelt økes etter hvert.

6.1.3.2 Barnets reaksjon på samvær

Det legges vekt på hvordan barnet reagerer før, under og etter samvær. Om samværene uttales det av de sakkyndige i 2002-dommen at ”det er liten tvil om at hun er engstelig (...) regressiv og overaktiv og mister evnen til konstruktiv lek. Dette er et mønster som en ofte ser hos barn som har opplevd alvorlig omsorgssvikt og mishandling.”⁶⁴ I dommen fra 2004 legges det vekt på dokumentasjonen av Bs reaksjoner i forbindelse med samvær. Fosterforeldrenes observasjoner i forbindelse med samværsavvikling er tillagt vekt.⁶⁵ I dommen fra 1998 har samvær frem til da vært nektet og derfor foreligger det heller ikke informasjon om hvordan barnet reagerer på samvær med faren.⁶⁶

⁶² Rt.2002.908, s.914

⁶³ Rt.2004.1046 avsnitt 70

⁶⁴ Rt.2002.908, s.914

⁶⁵ Rt.2004.1046, avsnitt 54-55

⁶⁶ Rt.1998.787, s.792

6.1.3.3 Barnets egenmening

Det følger av bvl. § 6-3(1) at barnets egen mening tillegges betydning. Det skal vurderes hvor mye vekt som skal tillegges deres mening. Det vil ha betydning hva det selv uttaler og hvor gammelt barnet er. B uttrykte i dommen fra 2004 til fosterforeldrene og de sakkyndige at hun ikke ønsket samvær med de biologiske foreldrene.⁶⁷ I motsetning til dette er det i dommen inntatt i Rt.1998.787 uttalt at gutten er litt skeptisk, men avventende til hele samværsspørsmålet, men han er vesentlig mindre negativ enn han tidligere har uttrykt og han blir desto mer velvillig dersom fosterforeldrene medvirker til samværet.⁶⁸ Det er blant annet på grunn av guttens sårbarhet (nevnt i kapittel 6.1.3.1) at samværene kun bør gjennomføres dersom gutten ønsker dette.⁶⁹

6.1.3.4 Biologiske foreldres agering

Det legges sterk vekt på hvordan de biologiske foreldrene samhandler med og forholder seg til barnet. Det er nevnt i 2002-dommen at moren reagerer negativt på at A omtaler sine fosterbrødre for ”brødre” og fostermoren for ”mamma”. Moren anerkjenner ikke situasjonen som den er og viser dette ved til stadighet å plage A med at hun vil hun skal flytte tilbake til henne. Moren mangler tilsynelatende også evnen til å forstå As behov.⁷⁰ Det var, som nevnt over, ikke informasjon om farens samhandling med sønnen i dommen fra 1998. Det var på den andre siden brakt på det rene at farens forhold hadde endret seg vesentlig siden lagmannsrettens dom.⁷¹

6.1.3.5 Uttalelser fra sakkyndige

Det legges i dommene stor vekt på de sakkyndiges uttalelser. Når deres funn har støtte i annet som fremkommer i saken, står deres vurderinger enda sterkere. I begge sakene uttaler de sakkyndige seg både om barnet og de biologiske foreldrene. De sakkyndige uttaler seg

⁶⁷ Rt.2004.1046, avsnitt 57

⁶⁸ Rt.1998.787, s.792

⁶⁹ Rt.1998.787, s.793-794

⁷⁰ Rt.2002.908, s.915-916

⁷¹ Rt.1998.787, s.792

også om det som etter deres syn vil være den beste løsningen for barnet. I 2002 dommen konkluderer den sakkyndige med at det ”ikke er grunn til å forvente at nye samvær (...) kan bli mer tilfredsstillende for B”. Mye av dette begrunnes med at moren er fullstendig upåvirket av den erfaringen hun har fått og hennes rigide holdninger. Den sakkyndige anbefalte ikke samvær.⁷² De sakkyndige i 2004 omtaler Bs vegring for å treffe de biologiske foreldrene som særlig ”bastant”, og de uttaler at hun viser ubehaget på en spesielt ”sterk og utvetydig måte.”⁷³ Det er, i dommen der samvær ble gitt, uttalt av de sakkyndige at det burde åpnes for samvær.⁷⁴

6.1.3.6 Omsorgsovertakelsens forventede varighet

Høyesterett er tydelig på at samværsnekt kun er relevant i saker med langvarig omsorgsovertakelse (ref. kapittel 5.1). Det er i begge dommene som endte med samværsnekt tale om langvaring omsorgsovertakelse.⁷⁵ Omsorgsovertakelsens varighet diskuteres i disse dommene i liten grad opp mot samværsnekt.

6.1.3.7 Risikovurdering

Høyesterett uttaler i dommen inntatt i Rt.2002.908 at: ”Jeg ser det ut fra dette ikke som forsvarlig å utsette B for en så stor risiko for skade som samvær med moren vil innebære.”⁷⁶ Uttalelsen konkretiserer ikke hva stor risiko innebærer. I vanlig språkdrakt vil dette bety at det er stor sannsynlighet for å utsettes for psykiske belastninger og at konsekvensen er at det kan oppstå betydelig skade. Dette underbygges i uttalelsen fra den sakkyndige som påpeker at uønsket adferd fra forelder under samvær er hyppig eller alltid forekommende. Sakkyndig uttaler videre at dette skjer i en særdeles sårbar periode for barnet, og altså at skaden på barnet kan bli desto større. Den sakkyndige i 2004-dommen tar opp spørsmålet om ”hva som vil skje når C med tiden får greie på at det er foreldrene

⁷² Rt.2002.908, s.915

⁷³ Rt.2004.1046, avsnitt 73

⁷⁴ Rt.1998.787, s.792

⁷⁵ Rt.2004.1046 avsnitt 50.

⁷⁶ Rt.2002.908, s.916-917

som har påført henne skadene”,⁷⁷ og mente samvær kun ville skape problemer. På et tidspunkt vil barnet forstå hvem som har påført henne skadene og hun vil kunne stille fosterforeldrene spørsmål om hvorfor hun allikevel måtte ha samvær med de biologiske foreldrene. Dette vil kunne oppfattes som et tillitsbrudd og det kan være ødeleggende for hennes forhold til fosterforeldrene. Samværene vil ikke skape annet enn problemer.⁷⁸ I 2002-dommen er det spørsmålet om ”hvilken virkning morens psykiske problemer har hatt og kan få for B” som er avgjørende for om samvær skal nektes eller ikke. Det er en vurdering av hvor stor risiko det er for at barnet vil ta skade av samværene. Er det stor risiko for skade og det ikke anses som forsvarlig å utsette barnet for en så stor risiko som samvær vil innebære⁷⁹, vil samvær nektes.

Risikovurderingen i de to dommene, som endte med samværsnekt, vektlegger to trusler – usikkerhet ved tilhørighet (må jeg flytte fra fosterforeldrene) og opplevelse av tillitsbrudd (hvordan kunne fosterforeldrene utsette henne for dette). Det er rimelig å anta at man i andre sammenhenger også vil vurdere fare for fysiske eller psykiske overgrep.

6.1.4 Analyse

Det er stort sett de samme momentene som er trukket frem i de to dommene fra Høyesterett hvor samvær ble nektet – barnets tilstand, barnets reaksjon på samvær, uttalelser fra sakkyndige og risikovurderingen.⁸⁰ Det er i dommen fra 2002 i tillegg lagt vekt på foreldrenes agering, bl.a. morens reaksjoner under samvær, mens det i 2004-dommen er lagt vekt på barnets egenmening.

Det springende punkt er til slutt risikovurderingen - hvor stor sannsynlighet det er for at barnet vil ta skade av å måtte ha samvær og om dette således vil skade barnets utvikling. Det gjøres en helhetsvurdering av de momenter som har kommet frem.

⁷⁷ Rt.2004.1046, avsnitt 70

⁷⁸ Rt.2004.1046, avsnitt 70

⁷⁹ Rt.2002.908, s.915-916

⁸⁰ Rt.2002.908, Rt.2004.1046

De nevnte momenter blir i varierende grad veid opp mot hovedregelen og hovedhensynet i loven om at det er best for barn å vokse opp med sine biologiske foreldre. Ved omsorgsovertakelse blir dette hovedhensynet endret til hensynet om at det er best for barn å ha kontakt med sine biologiske foreldre. Gir et eller flere av momentene så tungtveiende grunner til å gå imot dette, er det tilstrekkelig til å nekte samvær. Det kreves sannsynlighetsovervekt for at barnet vil ta skade av samværet. Det er ikke tilstrekkelig at barnet ikke får noe positivt ut av samværet etter disse to dommene fra Høyesterett.

I den tredje dommen fra Høyesterett ble det gitt et begrenset samvær. De momentene det her i hovedsak ble lagt vekt på er de sakkyndiges uttalelser, barnets tilstand, barnets egenmening, risikovurdering og i en viss grad den biologiske farens personlige forhold. Denne saken stod i en annen stilling enn de to andre da begge parter var enige om at samværsnekten burde oppheves. Dette begrenser vurderingsmomentene noe. De momentene det blir lagt mest vekt på er den sakkyndige uttalelsen og barnets egenmening. De sakkyndige har i Høyesterett snudd i sin vurdering. De har tidligere uttalt at samvær frarådes, men har nå uttalt at det bør åpnes for samvær. Det uttales at ingenting tyder på at samvær vil være til skade for barnet. Det legges også vekt på at barnet ikke lenger har en sterk motvilje mot å treffe sin biologiske far. De tre sakene er sammenlignbare i og med at de samme momentene vurderes, men den tredje saken skiller seg ut ved at partene var enige om at samvær burde gis.

6.2 Lagmannsretten

I det følgende gjennomgås 12 rettskraftige dommer fra lagmannsretten for å identifisere hvilke momenter som vektlegges i denne rettsinstansen. Ti saker endte med samværsnekt og to hvor samværsnekt ble drøftet, men hvor resultatet ble et begrenset samvær.^{81, 82} Det vil bli gitt en oppsummerende gjennomgang av disse dommer og bli gjort en vurdering av

⁸¹ LG-2003-21664, LB-2001-990, LB-2002-715, LA-2002-1237, LB-2000-2340, LB-2004-51125, LA-2000-1256, LB-2004-33539, LB-2005-61305, LB-2005-183097.

⁸² LB-2006-26681, LB-2009-147504.

om de legger like stor vekt på de samme momentene som Høyesterett. De ti dommene som endte med samværsnekt vil bli gjennomgått først, for deretter å holdes opp mot de to siste dommene. Det vil bli gitt en gjennomgang av de to siste dommene for å trekke frem hva som skiller disse fra de ti første.

6.2.1 Ti saker som resulterte i samværsnekt

Dommene som resulterte i samværsnekt vektlegger de samme momentene som Høyesterettsdommene.

6.2.1.1 Barnets tilstand

Barnets tilstand er et moment som går igjen i de fleste dommene. Det blir lagt vekt på hvor sårbart barnet er, og om det er påført psykiske eller fysiske skader som medfører spesielle behov som følge av dette. Det er uttalt i flere av dommene at barnet trenger ro og tid til positiv utvikling og at samvær vil kunne forstyrre dette. I LA-2002-1237 uttales det at barnet er i en ”søkende og sart fase i livet , og han bør ennå skjermes mot de påkjenninger et møte med faren vil være.”⁸³

6.2.1.2 Barnets reaksjon på samvær

Det er i dommene lagt vekt på hvordan barnet reagerer før under og etter samvær. Det kan virke som dette momentet blir tillagt mer vekt i de sakene hvor barnet har sterke og klare reaksjoner i sammenheng med samværet. Det blir ikke tillagt like mye vekt i motsatt retning når samvær ikke har noen tydelig og uttrykt innvirkning på barnet.

Det er i LB-2005-61305 gitt eksempler på at barnet har kraftige reaksjoner i forbindelse med samværene. Det er nevnt at det har mareritt og sover dårlig om natten, tisser på seg, brekker seg under måltider og har problemer med å tygge og svelge mat.⁸⁴ Slike spesielt negative reaksjoner er også omtalt i LB-2005-183097 hvor fosterforeldrene forteller at barnet på dårlige dager går inn i en ”trancelignende tilstand”. Slike ”anfall” kan også

⁸³ LA-2002-1237

⁸⁴ LB-2005-61305

utløses av andre ting men kommer oftest etter samvær med den biologiske moren og varer da i noen dager.⁸⁵ Reaksjoner med tydelige fysiske uttrykk blir særlig vektlagt.

6.2.1.3 Barnets egenmening

Det er ikke alltid barnet har en klar mening om hva det vil. Dette kan komme av at det er engstelig for hva konsekvensene av å uttrykke denne meningen kan bli, eller at det kommer i en lojalitetskonflikt mellom de biologiske foreldrene og fosterforeldrene. Der barnet ikke uttaler eller uttrykker noen mening blir dette ikke vektlagt den ene eller andre veien. Har barnet en mening må denne vurderes ut fra momentene som er nevnt i kapittel 5.2. I LB-2000-2340 var barnet 17 år og 7mnd og ønsket ikke samvær med faren. Det ble konkludert med at faren ikke skulle ha rett på samvær. Det var ikke grunn til å pålegge barnet samvær når hun ikke ville. Her var hennes mening vektlagt sterkt på grunn av hennes ”høye” alder.⁸⁶ I andre situasjoner blir barnets mening tillagt vekt av andre og mer sammensatte grunner. I LB-2005-183097 er det lagt vekt på barnets uttrykte mening om at det ikke ville treffe moren fordi han var redd for å måtte flytte tilbake til henne. Dette var en frykt som kom til overflaten hver gang han måtte ha samvær. Barnets vegring var i utgangspunktet ikke begrunnet i at hun skadet ham eller at han var redd for henne, men hans angst for å måtte flytte fra fosterforeldrene var så stor at det var bedre for ham å slippe samvær. Det var ingen grunn til å utsette ham for denne påkjenningen. Samvær ble da nektet frem til han var trygg på at han skulle bo hos fosterforeldrene.

6.2.1.4 Biologiske foreldres agering

Det er i de fleste av dommene lagt stor vekt på hvordan de biologiske foreldrene forholder seg til barna, sin egen situasjon og til støtteapparatet. I LB-2002-715 er det lagt stor vekt på biologiske fars ”destruktive holdninger”. Han nektet å godta omsorgsovertakelsen og opptrådte ved flere anledninger truende overfor barnevernet og andre involverte. Faren ble beskrevet som å ha ”et skremmende kroppsspråk, og han hadde hatt klare trekk av å være psykisk ustabil og unormal.” Han er også omtalt som ”svært fiendtlig og lite

⁸⁵ LB-2005-183097

⁸⁶ LB-2000-2340

samarbeidsvillig”.⁸⁷ Farens agering er også tillagt stor betydning i LB-2004-51125 der det er et viktig moment at faren mangler ”forståelse og innsikt i egen medvirkning til barnas utvikling og situasjon”. Det er blant annet bemerket at saken ville stått i en annen stilling dersom faren hadde erkjent voldsbruken i hjemmet.⁸⁸ Det kan antas at retten med dette mener at erkjennelse er en forutsetning for endring.

6.2.1.5 Uttalelser fra sakkyndige

Uttalelser fra sakkyndige, der dette er benyttet, blir tillagt stor betydning også i lagmannsretten. Det ser ut til at rapporter fra sakkyndige blir holdt opp og veid mot sakens resterende innhold. Uttalelsene fra de sakkyndige vil bli tillagt desto mer vekt dersom disse underbygger det øvrige som har kommet frem i saken.

6.2.1.6 Risikovurdering

Risikovurderingen gis varierende vekt. Det er spesielt i en av dommene avgjørende hvor stor risiko det er for at barnet vil ta skade av samvær. Her er det uttalt at risikoen for at barnet vil ta skade av samvær med de biologiske foreldrene er ”betydelig”. Avslutningsvis uttales det, i LB-2001-990, at det ikke kan ”gis betryggende sikkerhet for at barnet ikke tar skade av samvær”.⁸⁹ På den andre siden er det uttalt i LA-2000-1256 at samvær med faren vil representere en stressfaktor som neppe vil gi positive virkninger på sikt. Det er her ikke lagt like mye vekt på om samvær kan skade barnet.⁹⁰

6.2.1.7 Omsorgsovertakelsens forventede varighet

Før spørsmålet om samværsnekt drøftes, vurderes det som oftest om omsorgsovertakelsen er å regne som varig eller bare midlertidig med tanke på tilbakeføring innen rimelig tid. For at samvær skal kunne nektes er det i utgangspunktet vesentlig at omsorgsovertakelsen må forventes å vare og at tilbakeføring ikke er aktuelt i overskuelig fremtid.

⁸⁷ LB-2002-715

⁸⁸ LB-2004-51125

⁸⁹ LB-2001-990

⁹⁰ LA-2000-1256

6.2.2 To saker som ga samvær

6.2.2.1 LB-2006-26681

I denne dommen fra 2006, ble det konkludert med et begrenset samvær etter ett års stans i samværsretten.

De momentene som i hovedsak ble diskutert var lengden av samværsovertakelsen, barnets reaksjon på samvær, (barnets tilstand) og sakkyndiguttalelser.

Det fremkommer mye informasjon om barnets reaksjoner på samværene. Barnets fungering og utvikling blir satt langt tilbake etter samværene og reaksjonene har økt i intensitet. Det uttales at hans reaksjoner er ”langt mer alvorlige enn det som normalt er tilfellet i omsorgsovertakelsessaker”. Eksempler på reaksjoner er ”nattevåk med blant annet sengevæting (...) dårlig språk og spising, seksualisert språkbruk og adferd (...) fremkalte brekninger/oppkast.” Det ses ikke som sannsynlig at barnets vane med å drikke mye vann og å stikke fingeren i halsen for å brette seg eller kaste opp ”kan stamme fra annet enn erfaringer under As omsorg.” De sakkyndige frarådet samvær, de anbefalte i hvert fall at omfanget ble satt til et minimum.

Lagmannsretten uttaler at det etter Høyesterett og EMD skal sterke grunner til for at samvær skal kunne nektes og det påpekes at formålet med samvær er at barnet skal kunne kjenne til sitt biologiske opphav. Lagmannsretten uttaler også at etter deres syn er det ”vanskelig å se at samvær er til Cs beste nå”.

Det konkluderes med at det etter et opphold på ett år skal være meget begrenset samvær, men samvær skal altså ikke nektes.

6.2.2.2 LB-2009-147504

Det ble også i denne dommen gitt samvær mellom biologisk mor og sønn. Samvær ble fastsatt til fire ganger i året, to timer hver gang.

De momentene som i hovedsak blir trukket frem i denne dommen er barnets reaksjon på samvær, biologiske foreldres agering og uttalelser fra de sakkyndige. Det slås fast at plasseringen regnes for å være langvarig.

Det momentet det synes og legges mest vekt på er den biologiske morens, og hennes familie, agering under samværene. Moren har stort sett med seg et eller flere familiemedlemmer, som oftest sin mor, barnets mormor, og det er vanskelig å få henne til å komme alene. Det trekkes frem at den biologiske moren og hennes familie har et anstrengt forhold og en til dels fiendtlig holdning overfor fostermor og tilsynsfører. Dette påvirker samværene i svært negativ grad. Moren har også sterke negative reaksjoner overfor sønnen når han kaller fostermor for ”mamma” og kommer med negative utsagn til både fostermoren og sønnen. Det er uttalt av en av tilsynsførerne at den biologiske moren under samværene ikke klarer å være en god mor, at hun gråter og viser mye aggresjon. Psykologen uttaler blant annet at moren har dårlige planleggings-, organiserings- og struktureringsevner, ”slike utslag av kognitiv svikt (...) kan føre til en omsorgssviktsituasjon”.⁹¹

Videre er det lagt vekt på barnets reaksjoner på samvær. Det som her kommer fram er at barnet kan være utslitt og sovne med en gang etter samvær, han gråter, er urolig og vanskelig å kontrollere og han har vanskeligheter med å sove. Det er tydelig at hans problemer blir verre når samværene er hyppigere.

Den sakkyndige i saken uttalte at stemningen ble bedre under samværet når de fikk moren til å komme alene. Men den sakkyndiges konklusjon er at det under samværene ikke skjer noe konstruktivt for barnet og at samværene er såpass negative at samvær med mor bør nektes.

⁹¹ LB-2009-147504

Etter en helhetsvurdering kommer lagmannsretten frem til at det ikke foreligger sterke og spesielle grunner som kreves for å nekte samvær. Det nevnes at siden omsorgsovertakelsen vil være varig er formålet med samværet at barnet skal kunne ha kjennskap til sine røtter og ha en kontakt med sin biologiske mor.

Det ble i denne dommen tatt dissens. En dommer mente det hadde holdt med 2 samvær i året. Det legges her mer vekt på morens oppførsel og hvordan dette vil kunne påvirke barnet slik at det kan ta skade av det. Det legges også sterkere vekt på uttalelsene fra den sakkyndige som mener at samvær helt burde nektes.

Konklusjonen ble altså her at det skulle være samvær fire ganger i året, to timer hver gang. Dette til tross for den sakkyndiges klare uttalelser.

6.2.3 Analyse

Det er kun ett moment som er vektlagt i alle ti dommene der samvær ble nektet. Dette er momentet jeg har valgt å kalle risikovurderingen – hva er sannsynligheten for og konsekvensene av samvær/samværsnekt for barnet. Risikovurderingen tar i varierende grad opp i seg de andre momentene. Etter dette vektlegges oftest barnets tilstand, foreldrenes agering og sakkyndiges uttalelser.

Risikovurderingen kommer mer eller mindre sterkt til uttrykk i alle dommene. Forskjellig fra lagmannsrettenes risikovurdering er at Høyesterett krevde at samværet skulle være til skade for barnet for at samvær skulle nektes. Det er i noen av disse dommene ikke oppstilt et tydelig krav om at barnet skal ta skade, men det er derimot konkludert med at det er unødvendig å utsette barnet for påkjenningen det er med samvær. I denne vurderingen inngår alle de andre momentene som er brakt opp i dommen.

I ni av ti dommer ble barnets tilstand diskutert. Etter risikovurderingen er det dette momentet som ble tatt opp oftest og det er dette momentet som til slutt kom sterkest inn i vurderingen av hvor stor risikoen var for at barnet ville ta skade av samværet.

De biologiske foreldrenes agering ble diskutert i syv av ti dommer. I de dommene der dette var et moment ble det stort sett tillagt mye vekt. Det er her tale om hvordan de forholder seg til barnet under samvær, hvordan de stiller seg til omsorgssituasjonen som den er og hvordan de forholder seg til informasjon som fremkommer under rettssaken. Dersom foreldrene ikke vil godta situasjonen som den er vil dette tale imot samvær. Et annet eksempel er dersom de biologiske foreldrene nekter å erkjenne at det for eksempel har blitt utøvet vold i hjemmet.

Uttalelser fra sakkyndige er også vurdert i syv av ti dommer. Disse omhandlet som oftest barnets tilstand og barnets reaksjon, men også foreldrenes tilstand. De sakkyndiges vurderinger ender i en konklusjon og en anbefaling. Disse uttalelsene blir som oftest utslagsgivende.

De to momentene som i mindre grad ble utslagsgivende er barnets egenmening og barnets reaksjon på samvær. Disse momentene ble hver diskutert i fem av dommene. En logisk forklaring på at barnets egenmening bare er nevnt i halvparten av dommene kan være at det ikke alltid er mulig å få barnet til og gi sin mening. Barnet har etter fylte 7 år rett til å uttale seg. Noen ganger er det ikke ønskelig, men det er opp til barnet selv å bestemme. I de sakene hvor barnets mening kom frem ble det tillagt noe vekt, men det har også vært andre momenter som har veid tungt i tillegg til dette, barnets mening var helt avgjørende i kun en av dommene.⁹²

I de sakene hvor barnets reaksjon på samvær var fremtredende, ble dette gitt betydelig vekt. Dersom barnet var sårbart og reagerte meget negativt på samværene ble det stort sett konkludert med at det ikke ble sett nødvendig å utsette barnet for denne påkjenningen eller at barnet ville ta skade av samværet og derfor burde slippe. Den typen skade som blir tillagt mest vekt er om barnet får skadet sin utvikling.

⁹² LB-2000-2340

Den ellefte dommen som er tatt opp her er en dom hvor konklusjonen ble samvær, ikke samværsnekt.⁹³ Denne og den tolvte dommen er tatt med for å bedre kunne se om lagmannsrettens vurderinger er konsistente.⁹⁴ I denne dommen er det gitt mye plass til utgreiing om barnets tilstand og barnets reaksjon på samvær. Det er uttalt av de sakkyndige at barnets reaksjoner er uvanlig sterke og kan til dels være farlige for barnet. De sakkyndige fraråder samvær. Likefullt ble det konkludert med at det skulle være noe samvær. Dette er ikke konsistent med tidligere gjennomgåtte dommer.

Den tolvte dommen som er omtalt er også en dom med den konklusjon at det skulle være samvær. Det er her viet mye plass til den biologiske moren og hennes families agering. Det er uttales at det er svært problematisk at den biologiske familien er såpass fiendtlig mot både fostermor og tilsynsføreren. Selv om den sakkyndige mener det ikke burde være samvær i det hele tatt og at barnet ikke får noe ut av samværene, konkluderer lagmannsretten med samvær. Barnet har i denne saken ikke like sterke reaksjoner på samværene, men det forekommer også her negative reaksjoner etter samværene.

Etter å ha gjennomgått de ti dommene som endte med samværsnekt og de to som endte med samvær synes det for meg ganske usikkert hva som er det avgjørende moment for at lagmannsretten skal konkludere med samværsnekt. Det kan være at avgjørende momenter som kommer frem i behandlingen av sakene, ikke kommer frem i de skrevne dommene. Det er imidlertid klart at hver sak er spesiell.

Hvis dommen fra LB-2006-26681 sammenlignes direkte med de andre dommene nevnt her er det tydelig at det er en manglende konsistens. Det uttales i LA-2000-1256 at det ikke kan ses at ”A har forutsetninger for å tilføre gutten noe positivt under samvær”. Det ser ut til at retten har lagt andre kriterier til grunn for å nekte samvær i denne dommen enn de gjorde i

⁹³ LB-2006-26681

⁹⁴ LB-2009-147504

dommen fra 2006 der samvær ble gitt selv om det uttales at samvær ikke kan være til barnets beste og at samvær kan være direkte farlig for barnet.

Lagmannsrettenes vurdering av spørsmål om samværsnekt er ikke konsekvent. Det må være ønskelig med en mer ensartet skjønnsutøvelse. Det burde i det minste være et klart skille ved om barnet tar skade av samværet eller ikke. Gjennomgangen ovenfor viser liten grad av samsvar mellom lagmannsrettenes avgjørelser.

De fleste dommene, syv av ti, er fra Borgarting Lagmannsrett. Dom nummer elleve og tolv er også fra Borgarting Lagmannsrett. Det kan ikke ses som noen forklaring at de forskjellige lagmannsrettene legger forskjellig vekt på momentene. Det som kan nevnes er at de to dommene hvor samvær ble gitt, er de to yngste dommene i gjennomgangen. Det kan bety at betingelsene for å nekte samvær blir tolket strengere nå enn tidligere. Utvalget av dommer i oppgaven er begrenset fordi det er få dommer som omhandler nekting av samvær. Dette er en svakhet ved analysen.

6.3 Den Europeiske menneskerettsdomstolen

Dommen i saken Adele Johansen vs. Norge er mye omtalt i litteratur og andre rettskilder når temaet er EMK art.8 og fratakelse av foreldreansvar og samværsrett. Norge ble her dømt for å ha krenket den nevnte artikkelen.

Sakens klager var Adele Johansen. Hun ble fratatt omsorgen for begge sine barn, først en sønn født i 1977 deretter en datter født i 1989. Omsorgsovertakelsen av sønnen ble senere opphevet av hensyn til sønnen da det ville påføre ham mer skade om det kom til mer konflikt mellom moren og myndighetene. Omsorgen og foreldreansvaret for datteren ble fratatt henne i 1990. Hun mistet da også besøksretten og fosterforeldrenes adresse ble skjult. Adele Johansen klaget saken inn for menneskerettsdomstolen (EMD). Hun mente seg krenket på grunn av omsorgsovertakelsen av datteren, fratakelsen av foreldreansvaret, tapet av besøksrett, vedtakenes varighet og manglende rettferdighet. Hun mente dermed at EMKs art.6(1), art.8 og art.13 var krenket.

Domstolen fant at artikkel 8 var krenket, dette på grunn av fratakelsen av foreldreansvaret og besøksretten. EMD uttaler at virkemidler som dette bare kan benyttes når de er begrunnet i en overvekt av hensynet til barnets beste. Dette må også godtgjøres tilstrekkelig. Domstolen konkluderte med at fratakelsen av foreldreansvaret og besøksretten ikke var tilstrekkelig begrunnet og at art. 8 dermed var krenket. Det ble uttalt at myndighetene hadde lagt for mye vekt på forholdene rundt klager og hennes sønn. Det ble også påpekt at klager hadde hatt besøksrett frem til nemndas avgjørelse og at hennes levesett hadde forbedret seg siden den gang. De konkluderte altså med at det ikke var tilstrekkelig godtgjort at det forelå slike særlig sterke grunner som er nødvendig for at tiltak som dette kan settes inn. EMD fant ikke at de andre artiklene var krenket.

6.4 Konklusjon etter gjennomgang av rettspraksis

Etter å ha gjennomgått rettspraksis fra både Høyesterett, lagmannsrettene og EMD er det ikke mulig å si noe klart om hva som er det springende punkt i saker som omhandler spørsmålet om samværsnekt. Vurderingene er i stor grad skjønnsmessige og sprikende.

Som konkludert ovenfor er det avgjørende i høyesterettsdommene hvor stor sannsynligheten er for skade på barnet. Det må være sannsynliggjort at barnet kan ta skade for at samvær skal nektes. I lagmannsrettsdommene er det på den ene siden nektet samvær med den begrunnelse at de biologiske foreldrene ikke har noe konstruktivt å tilføre barnet eller at barnet ikke får noe positivt ut av samværene, mens det på den andre siden er gitt samvær når det virker klart at barnet tar skade av samværet.

De to dommene fra Høyesterett er konsistente i sine vurderinger, men det samme kan ikke sies om lagmannsrettsdommene. Dommene fra lagmannsrettene skiller seg i stor grad både fra hverandre og fra Høyesteretts vurderinger. I det hele er Høyesteretts gjennomgang systematisk og helhetlig mens lagmannsrettsdommene ser ut til å overse mange viktige momenter i sine vurderinger. Den mest fremtredende forskjellen på Høyesterett og lagmannsrettenes dommer er som nevnt om det avgjørende momentet er om barnet tar skade eller ikke. Lagmannsrettenes skjønnsmessige vurderinger gir tydelig forskjellige utfall.

7 Rettstilstanden og endret vektlegging av det biologiske prinsipp

Det er biologiske prinsipp er omdiskutert og endringer i vektleggingen av det biologiske prinsipp og andre momenter er et syn som fremmes.⁹⁵ Uansett om rettsreglene er eller ikke er optimale, må det være ønskelig at domstolene legger vekt på de samme momentene og den avgjørende vurderingen bør ha det samme utgangspunktet. Avgjørelsene bør, så langt det er mulig, være konsistente.

7.1 NOU 2012:5 og endret vektlegging av det biologiske prinsipp

6.februar 2012 kom NOU 2012:5 – ”Bedre beskyttelse av barns utvikling, ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet”. Det har sett på gjeldende rett omhandlende det biologiske prinsipp generelt og blant annet i tilknytning til samvær, adopsjon, tilbakeføring og omsorgsovertakelse. Utvalget kommer så med en rekke anbefalinger, dels om tiltak for å understreke formålet med samvær, og dels om endringer i lover og forskrifter. I det følgende vil enkelte av utvalgets vurderinger og anbefalinger gjennomgås.

7.1.1 Samvær

Når det gjelder samvær, anbefaler utvalget at det utarbeides et rundskriv som understreker hva som er formålet med samvær - at det skal være utviklingsfremmende for barnet.⁹⁶ Barnet skal profitere på samværene. Det er kvaliteten på samværene som skal avgjøre hvorvidt de er utviklingsfremmende eller ikke. Er ikke samværene utviklingsfremmende, må hensynet til barnet gå foran foreldrenes ønsker. Utvalget konkluderer med at det etter ordlyden i bvl.§4-19 er barnet som har rett på samvær med sine foreldre, ikke motsatt, og da skal hensynet til barnets beste være det avgjørende. I dag er det slik at så lenge barnet ikke tar skade, eller stor skade, skal det være samvær.

Når omfang og organisering av samvær skal vurderes bør kjernen av vurderingen være om samvær vil motarbeide eller støtte opp om ”barnets arbeid med å endre sine grunnleggende

⁹⁵ Sandbæk (2003), Bunkholdt (2004), Stiklestad (2008).

⁹⁶ NOU 2012:5 s.113

antagelser om seg selv og andre”.⁹⁷ NOU-en bygger her på Bowlbys teori også omtalt i kapittel 5.3 over. Hensikten med at barnet skal flyttes fra sine biologiske foreldre til andre omsorgspersoner er at det skal få muligheten til å endre sine indre arbeidsmodeller ved å få andre erfaringer om omsorg og mennesker enn det barnet har fått tidligere. Forutsetningen for at slike endringer skal kunne gjøres er at barnet får knyttet seg til sine nye omsorgspersoner.

Det skilles i NOU-en mellom de minste barna (0 til 18 mnd.), små barn (18mnd. til 4 år) og eldre barn (4 år og eldre). De forskjellige gruppene har forskjellige behov for samvær. Formålet med samvær er i stor grad det samme for alle gruppene av barn – barnet skal ha kjennskap til og hvis mulig kjenne sine biologiske foreldre. For de minste barna kan, i følge utvalget, dette formålet tas vare på ved at barnet får informasjon om sitt opphav og eventuelt får muligheten til å følge familiens liv indirekte.⁹⁸

7.1.2 Adopsjon

Utvalget anbefaler at adopsjon vurderes oftere og tidligere, og at det alltid vurderes i de tilfellene hvor barnet er varig og tidlig plassert i fosterhjem.⁹⁹ For barn mellom null og atten måneder anbefales at adopsjon ikke vurderes senere enn ett år etter plassering i fosterhjem. For barn mellom atten måneder og fire år anbefales at adopsjon ikke vurderes senere enn to år etter plassering. Adopsjon bør være et tiltak som barnevernet vurderer i alle saker som involverer langvarig plassering, uavhengig av om plasseringsgrunnlaget i utgangspunktet var frivillig etter bvl.§4-4(5) eller vedtak etter bvl.§4-12.

Det anbefales at når tilbakeføring blir vurdert skal, hvis det har gått mer enn to år, alltid bvl.§4-21(1)(2) vurderes, uavhengig av plasseringsgrunnlaget. Dette innebærer at barnet ikke skal tilbakeføres dersom det har fått en slik tilknytning til stedet og menneskene der

⁹⁷ NOU 2012:5, s110.

⁹⁸ NOU 2012:5, s.111-112.

⁹⁹ NOU 2012:5, s.16 og s.123-133

det for øyeblikket er, slik at en flytting, etter en samlet vurdering, kan være til skade for barnet.

7.1.3 Gjenopptakelse

Etter bvl.§4-19(5) kan de biologiske foreldrene fremme ny sak om samvær for fylkesnemnda en gang i året selv om det ikke har vært noen endring i de faktiske forhold. Begrensningen ble innført etter forslag om dette i NOU 2005:9. Inntil da var det ingen regel om sperrefrist i bvl.§4-19. Det ble uttalt av fylkesnemndsutvalget at reglene var ”så åpne og skjønnsmessige at en privat part så å si alltid vil kunne ha i hvert fall et visst håp om å vinne frem i en endringssak”.¹⁰⁰ Fylkesnemndsutvalget legger vekt på at den uro som en sak om samvær vil påføre barnet vil oppleves som ”både destabiliserende og invaderende”.¹⁰¹ Dette er uavhengig av hvor store eller små endringer det måtte være tale om å gjøre i samværsordningen. Fylkesnemndsutvalget påpeker at dersom det skjer endringer på de biologiske foreldrenes side som tilsier at det bør gjøres endringer i samværsordningen ”må dette uansett fanges opp av barneverntjenesten”.¹⁰² Det finnes som nevnt tidligere ingen begrensning i når barneverntjenesten kan gjøre endringer i samværet, og de vil måtte gjøre dette dersom endringer skjer. Fylkesnemndsutvalget forslo da å innføre en sperrefrist på 12 mnd. i bvl.§4-19. Dette er også dagens regel.

Spørsmålet om gjenopptakelsesmuligheter er nå igjen oppe i NOU 2012:5. Ekspertutvalget uttaler nå at dagens ordning ikke fremstår ideell for barnet som gjerne er i behov av ro omkring sin omsorgssituasjon. Utvalget anbefaler at det innføres samme begrensning i §4-19(5) som allerede finnes i §4-21(2)(2), at når endringssak om samvær har vært behandlet en gang, skal ny behandling bare kunne kreves dersom det kan dokumenteres at det er skjedd en endring i de faktiske forhold og at dette er av slik vekt at det kan ha innvirkning på samværsspørsmålet.¹⁰³

¹⁰⁰ NOU 2005:9, s.98

¹⁰¹ NOU 2005:9, s.98

¹⁰² NOU 2005:9, s.99.

¹⁰³ NOU 2012:5, s.18

7.1.4 Forskning om viktigheten av kontakt med de biologiske foreldre

I Ot.prp.nr.44 (1991-1992) uttales det at det er vist i ”nyere forskning” at å opprettholde kontakten med sine biologiske foreldre er ”svært viktig” for barn i fosterhjem. Det trekkes frem at det er ”sterke følelsesmessige bånd” mellom de biologiske foreldrene og barnet.¹⁰⁴ Det har videre vært påpekt at fosterforeldrene har et ansvar for å hjelpe fosterbarnet med å huske og ha kunnskap om sin fortid. Dette for å ha en opplevelse av kontinuitet. Om dette uttaler ekspertutvalget i NOU 2012:5 at de ikke har funnet denne forskningen, da det ikke er gitt noen referanser til den i proposisjonen. Motstridende forskningsresultater, og diskusjoner omkring disse er heller ikke dokumentert. Departementet har altså i forarbeidene til barnevernloven valgt å legge til grunn forskning som styrker det biologiske prinsipp uten å gjøre rede for eventuell motstrid eller uenighet rundt temaet.

7.2 Samværsnekt – Konsekvenser av endret vektlegging av det biologiske prinsipp

Jeg vurderer utvalgets anbefalinger i NOU 2012:5 om hyppigere bruk av adopsjon, som en svekkelse av det biologiske prinsipp. Dette uttales ikke direkte, men kan bli en konsekvens. Jeg mener det er rimelig å anta at dette vil resultere i en generell svekkelse av prinsippet til fordel for styrket vektlegging av ”barnets beste”.

Det presiseres at formålet med samvær skal være at det er utviklingsfremmende for barnet. Det diskuteres i flere av dommene ovenfor om det vil være skadelig for barnet å ha samvær. Er det ikke overveiende sannsynlig at barnet vil ta skade, eller stor skade, gis det samvær med de biologiske foreldre. Dette standpunktet må endres hvis forslaget fra NOU-en får gjennomslag. NOU-en fremmer at det skal være utviklingsfremmende for barnet å ha samvær, mens Høyesterett fastslår er at det ikke skal være sannsynlig at barnet vil ta skade for at samvær skal gis.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.44 (1991-1992), s 51

Om det biologiske prinsipp svekkes vil de biologiske foreldrenes behov og ønsker om samvær flyttes nedover i prioritetsrekken, noe som i sin tur vil kunne åpne for flere avgjørelser om samværsnekt. Dette fordi det i vurderingen ikke lenger vil være et like viktig for barnet å ha samvær med sine biologiske foreldre dersom det ikke kan godtgjøres at barnet profiterer på samværene. Hensynet til at de biologiske foreldrene vil ha samvær vil ikke være av samme betydning som det tidligere har vært.

Som et eksempel kan lagmannsrettsdommen i LB-2006-26681 (kommentert over i punkt 6.2.8) nevnes. Her har barnet sterke reaksjoner på samværene og lagmannsretten uttaler at det er ”vanskelig å se at samvær er til Cs beste”.¹⁰⁵ Lagmannsretten kom til at det skulle være samvær i denne saken. Jeg vil anta at dette er en sak som ville fått et annet utfall dersom utvalgets vurderinger skulle bli lagt til grunn.

Tidligere hadde ikke barn og biologiske foreldre lenger rett til samvær etter adopsjon. Både flertallet og mindretallet uttalte i dommen inntatt Rt.1997.534 at det kunne være rimelig å vurdere en lovendring som åpnet for samvær mellom barnet og biologiske foreldre også etter adopsjon. I den nevnte dommen ble adopsjon nektet på grunn av viktigheten av samvær med den biologiske moren. Lovgiver var på den annen side ikke positiv til en slik endring og uttalte (i Stortingsmelding nr.40 (2001-2002): ”Adopsjon etter §4-20 er et særdeles inngripande tiltak og ein bør vise varsemd med å gjere endringar som kan innebære ei auke i tallet på slike adopsjonar.”¹⁰⁶

Som nevnt i kapittel 5.4, ble det i 2010 lagt til en ny bestemmelse i bvl. §4-20a om mulighet for samvær mellom barnet og de biologiske foreldrene etter adopsjon.¹⁰⁷ Denne bestemmelsen gir nettopp mulighet til både å gi samtykke til adopsjon og kontakt med de biologiske foreldrene. Den nye bestemmelsen om samvær mellom adopterte barn og

¹⁰⁵ LB-2006-26681

¹⁰⁶ St.meld. nr.40 (2001-2002), s.187

¹⁰⁷ 4.juni 2010 nr.18

biologiske foreldre bør kunne åpne for at det lettere kan gjennomføres adopsjoner.

Hensynet til viktigheten av samvær med de biologiske foreldrene vil fortsatt kunne ivaretas selv etter en adopsjon.

Utvalget uttaler i NOU-en at adopsjon bør vurderes allerede ett eller to år etter at barnet er plassert i fosterhjem, avhengig av barnets alder ved plassering. Dette vil kanskje kunne begrense problematikken omkring samvær. En grunn til at enkelte barn har problemer med samvær er at de er redd for å måtte flytte tilbake til sine biologiske foreldre. Denne redselen kan komme ut på forskjellige måter, for noen bare en misnøye med å måtte ha samvær, for andre kan det komme i avreagering og uro under og spesielt etter samvær. Dersom barnet er adoptert vil denne redselen og uroen kunne reduseres. Dersom barnet er trygt på at det skal bo hos sine adoptivforeldre vil det kunne få roen og et ønske om å bli kjent med sine biologiske foreldre. Et annet moment er at de biologiske foreldrene vil bli tvunget til å godta at barnet ikke flytter hjem. Muligheten for tilbakeføring vil bli stengt, og det vil dermed ikke føre dem noe sted å ”mase” på barnet om at de vil at det skal flytte ”hjem”. De vil også bli tvunget til å forholde seg til adoptivforeldrene på en annen måte enn de tidligere har til fosterforeldrene. Situasjonen vil være avklart for alle parter, noe som vil kunne føre til større ro og stabilitet.

Dersom lovgiver tar hensyn til utvalgets argumenter i NOU 2012:5, og svekker det biologiske prinsipp, kan det tenkes at domstolene vil konkludere annerledes mht samvær og samværsnekt. Det kan resultere i flere tilfeller av samværsnekt som følge av styrket vektlegging av ”barnets beste”. På den annen side kan det resultere i hyppigere bruk av adopsjon, men med samvær fordi barnets usikkerhet mht tilhørighet etter en adopsjon reduseres.

7.3 Forholdet til EMK

Vil forslagene i NOU 2012:5 resultere i et øket antall saker for EMD? Ordlyden i BK artikkel 3 uttrykker også at foreldrenes rettigheter skal sikres. Det skal tas hensyn til ”rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre (...) og skal treffe alle egnede lovmessige og administrative tiltak til dette formål”. EMD legger altså mer vekt på

foreldrenes behov, men barnets beste skal allikevel veie tyngst. Konsekvensene av utvalgets forslag blir styrket vekt på barnets beste på bekostning av foreldrenes behov. Det er i NOU-en vurdert at tiltak som er nødvendige for å ivareta barnets behov for omsorg vil kunne være legitime etter EMK. Det understrekes imidlertid at praksis er restriktiv, og vilkårene for inngrep er strengere jo mer et tiltak griper inn i familielivet. Min forståelse av Adele Johansen-saken er at dette syn støttes der, men ”barnets beste” må godtgjøres tilstrekkelig. EMK uttrykker at flytting i utgangspunktet skal være midlertidig. Dette kan medføre flere saker for EMD hvor adopsjon har blitt besluttet.

8 Avsluttende bemerkninger

Barnets beste er det overordnede prinsipp i barnevernretten og er lovfestet i bvl.§4-1. Omsorgsovertagelse og samværsnekt er hjemlet i barnevernloven, men er en dramatisk inngripen i retten til familieliv og privatliv, en rett som er beskyttet av EMK artikkel 8. Samværsnekt må ha hjemmel i lov, være tilstrekkelig begrunnet og må ikke anvendes hvis mildere inngrep kan benyttes.

Det biologiske prinsipp står sterkt i norsk rett. Det kommer ikke klart til uttrykk i lovteksten, men fremkommer i forarbeidene – ”Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn”. Ot.prp.44 (1991-1992) uttaler at ”nyere forskning” viser at kontakten med biologiske foreldre er ”svært viktig” for barn i fosterhjem. Det påpekes av ekspertutvalget i NOU 2012:5 at de ikke har funnet nevnte forskning, og at heller ikke motstridende forskningsresultater er referert i proposisjonen.¹⁰⁸ Det reises i NOU-en også spørsmål ved vektleggingen av det biologiske prinsipp i en tid der variasjon mht hvilke omsorgspersoner barn vokser opp med er stor – to biologiske foreldre, en biologisk og en steforelder, adoptivforeldre eller fosterforeldre.

¹⁰⁸ NOU 2012:5, s.43

Slik jeg tolker Høyesterett ut fra de to dommene der de har nektet samvær, er det i dag et krav om at samvær skal være skadelig for barnet, og det skal være overhengende sannsynlig at barnet vil ta skade. Det er ekspertutvalgets, og min, vurdering at bakgrunnen for dette er at det legges for mye vekt på det biologiske prinsipp og de biologiske foreldrenes ønsker og behov. I lovteksten er det i utgangspunktet sagt at det kan nektes samvær ”av hensyn til barnet”¹⁰⁹. Ekspertutvalget søker å flytte grensene for samværsnekt – barnet skal få noe konstruktivt ut av samværene og samvær kan nektes dersom så ikke skjer. Det er ikke tilstrekkelig at det er overhengende sannsynlig at det vil ta skade. Det kan se ut som man nærmer seg noe som kan ligne en omvendt bevisbyrde – foreldre får bevisbyrden og må godtgjøre at ”de har noe positivt å by på” i motsetning til at myndighetene vurderer faren for skade allikevel, jeg antar det fortsatt vil være barneverntjenesten og sakkyndige som vurderer risiko for skade eller mulighet for konstruktive samvær.

Selv om det biologiske prinsipp er et viktig moment i rettens helhetsvurdering, er det kun et av flere momenter som til slutt skal veies mot hverandre for å avgjøre hva som er barnets beste. Her må også aspekter som tilknytning og fremtidig tilbakeføring tas med, men dersom det er barnets behov å ikke ha samvær, skal dette gå foran de biologiske foreldrenes behov. Det er, som uttalt i NOU-en¹¹⁰, barnet som skal ha rett til samvær, ikke de biologiske foreldrene.

Dersom rettstilstanden skal bedres, til barnets beste, vil det være nødvendig å påvirke lagmannsrettene og Høyesterett til å vektlegge de forskjellige momenter annerledes enn i dag. Det synes ikke nødvendig med noen lovendring. Loven fastslår ”barnets beste”. Ekspertutvalget foreslår i NOU-en i et rundskriv der det presiseres hva som er barnets beste og hvordan momentene (ref. Kap. 6.1.3) bør vektlegges. Jeg slutter meg til dette forslag.

¹⁰⁹ Bvl.§4-19(2)(1)

¹¹⁰ NOU 2012:5, s.113

9 Litteraturliste

9.1 Litteratur

Lindboe, Knut: *Barnevernrett*. 5.utg. Oslo, (universitetsforlaget), 2008.

Haugli, Trude : *Samværsrett i barnevernssaker*. 2.utg. Oslo, (Universitetsforlaget), 2000.

Ofstad, Kari og Randi Skar: *Barnevernloven med kommentarer*. 5.utg(2.opplag). Oslo, (Gyldendal), 2010.

Haugli, Trude og Toril Havik: *Samvær i barnevernsaker*. 1.utg. Oslo, (Universitetsforlaget), 2010.

Bowlby, John: *Attachment and Loss, Attachment*. Volume I. New York, (Basic books, Inc., publishers), 1969.

Haugli, Trude: *Hensynet til barnets beste*. I: Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge redigert av Njål Høstmælingen, Elin S. Kjørholt og Kirsten Sandberg. 1.utg (3.opplag). Oslo, 2011, s.46-62.

Norsk lovkommentar. Redigert av Peter Løderup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland ... [et al.]. 1.utg. Oslo (Gyldendal), 2005.

9.2 Lover og forskrifter

1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17.juli 1992 nr.100

1981 Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8.april 1981 nr.7

1999 Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) av 2.juli 1999 nr.63

2002 Lov om barnetrygd (barnetrygdloven) av 8.mars 2002 nr.4

1986 Lov om adopsjon (adopsjonsloven) av 28.februar 1986 nr.8

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17.juni 2005 nr.90

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22.mai 1902 nr.10

1991 Lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven) av 13.desember 1991 nr.81 (opphevet)

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22.mai 1981 nr.25

- 2003 Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) av 4.juli 2003 nr.83
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr.30
- 2010 Lov om endringer i adopsjonsloven og barnevernloven (endringslov) av 4.juni 2010 nr.18
- 2011 Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) av 24.juni 2011 nr.30
- 2011 Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon, av 15.november 2011 nr.1103

9.3 Traktater

- EMK Den europeiske menneskerettskonvensjonen med protokoller
- BK FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller

9.4 Forarbeider

- NOU 2005:9 Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker (sitert fra stortinget.no)
- NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling – Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet
- Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) Lov om barneverntjenester (barnevernloven) (sitert fra lovdata.no)
- St.meld.nr. 40 (2001-2002) Om barne- og ungdomsvernet (sitert fra regjeringen.no)
- Ot.prp.nr.69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven (sitert fra regjeringen.no)
- Prop.7L (2009-2010) Endringer i adopsjonsloven og barnevernloven (sitert fra regjeringen.no)

9.5 Rettspraksis

- Rt.1984.289
- Rt.1987.289
- Rt.1991.557

Rt.1991.668

Rt.1996.1684

Rt.1997.534

Rt.1998.787

Rt.1998.1420

Rt.1998.1702

Rt.1999.1183

Rt.2001.14

Rt.2002.875

Rt.2002.908

Rt.2003.425

Rt.2004.1046

Rt.2004.1683

Rt.2005.624

Rt.2006.247

Rt.2006.1308

Rt.2006.1672

Rt.2007.1136

Rt.2007.1147

LB-2000-2340

LB-2001-990

LB-2002-715

LA-2002-1237

LG-2003-21664

LB-2004-33539

LB-2005-61305

LB-2005-183097

Case of Johansen v. Norway. 1996-08-07. Lovdata: EMDN (sammendrag)

9.6 Personlige meddelelser

Saltnes, Eirik (barnevernleder, Halden Kommune). Muntlig. 16.april 2012

Johnsen, Ole-Arnt (analytiker telesystemer). Muntlig. 14.april 2012

9.7 Artikler

Sandbæk, Mona. *Verdier og faglige problemstillinger knyttet til det biologiske prinsipp i barnevernet*. I: Norges barnevern. 80(nr.3). (2003), s.16-21.

Bunkholdt, Vigdis. *Samværsrett ved omsorgsovertakelse – Til barnets beste eller effektiv hindring av tilbakeføring? (artikkel 1)*. I: Norges barnevern. 81(nr.4). (2004), s.28-35.

Stiklestad, Sigrun Saur. *Det biologiske prinsipps skriftende anvendelse*. I: Norges barnevern. 85(nr.3). (2008), s.26-38.

